CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

IX

2007/A

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

www.tsjbaires.gov.ar @TSJBaires tsjbaires

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Constitución y justicia : fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019. (vol. IX – 2007/A)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-003-9

1. Tribunal Superior de Justicia. 2. Jurisprudencia. 3. Derecho Constitucional. I. Título.
CDD 342

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-003-9
9 789877 940039

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Presidente

Dr. Casás, José O.

Vicepresidente

Dra. Conde, Ana María

Jueces

Dr. Lozano, Luis F.

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

Dr. Maier, Julio B. J.

Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios

Dr. Said, José L.

Secretario Judicial Interino en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto

Secretario Judicial en Asuntos Generales

Dr. Perrone, José M.

Secretaria Judicial
en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

Dra. Beloff, Mary

(hasta el 7 de octubre de 2007)

Secretario Judicial en Asuntos Penales, Contravencionales
y de Faltas subrogante al Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-administrativos y Tributarios

Dr. Said, José L.

(a partir del 8 de octubre de 2007)

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

IX

2007/A

ÍNDICE

FALLOS

I *"Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Boyacá S.A. c/Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/daños y perjuicios'"*

Expte. nº 4397/05 - 7/2/2007 3

II *"Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05 "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'"*

Expte. nº 4809/06 - 7/2/2007 5

III *"Bandieri, Luis María y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y su acumulado expte. nº 4796/06 "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4795/06 - 8/2/2007 7

IV *"Asociación Civil para la Defensa —en el Ámbito Federal e Internacional— de Derechos (DE.FE.IN.DER.) s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4948/06 - 14/2/2007 14

V *"Gullco, Hernán Víctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4929/06 - 14/2/2007 23

VI *"Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4973/06 - 14/2/2007 33

VII *"Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martitegui, Edgardo Aníbal c/GCBA s/daños y perjuicios'"*

Expte. nº 4861/06 - 14/2/2007 42

VIII

VIII *"Valente, María del Carmen y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4872/06 - 14/2/2007 49

IX *"Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y su acumulado expte. nº 4893/06 "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", ambos en "Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/cesantías o exoneraciones de empl. públ."*

Expte. nº 4887/06 - 14/2/2007 56

X *"OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Chirinian, María Ester c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4788/06 - 21/2/2007 61

XI *"Macbar S.R.L c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 2577/03 - 21/2/2007 69

XII *"GCBA c/Rodríguez, Roberto Eduardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia"*

Expte. nº 5022/06 - 21/2/2007 73

XIII *"Diversas Explotaciones Rurales S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Diversas Explotaciones Rurales S.A. s/ejecución fiscal'"*

Expte. nº 4635/06 - 28/2/2007 76

XIV *"GCBA c/Inversora Dock Sud S.A. s/ej. fisc. ingresos brutos s/recurso de apelación ordinario concedido"*

Expte. nº 4580/06 - 28/2/2007 81

XV *"Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Curibanco Carrión, Elmer Wilman s/inf. art. 189 bis del CP'".*

Expte. nº 4800/06 - 28/2/2007 88

XVI *"GCBA c/Kruptizky, Jaime s/ejecución de multa s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4231/05 - 28/2/2007 93

XVII *"Asociación Civil Comisión de Vecinos de Flores c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4983/06 - 28/2/2007 95

XVIII *"Martínez, María del Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez, María del Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4821/06 - 28/2/2007 105

XIX *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Monti, Sebastián Andrés y otro s/inf. art. 96 del C.C. - apelación'"*

Expte. nº 4901 - 28/2/2007 111

XX *"Ibarra, Aníbal s/SAO - otros en 'Ibarra, Aníbal s/juicio político'"*

Expte. nº 4882/06 - 26/2/2007 114

XXI *"Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4627/06 - 7/3/2007 225

XXII *"Maccarone, Nicolás c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5011/06 - 7/3/2007 227

XXIII *"Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'".*

Expte. nº 4723/06 - 7/3/2007 232

XXIV *"OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantegazza, Liliana Paulina c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4787/06 - 7/3/2007 237

XXV *"Pizzería Paraná S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5126/06 - 14/3/2007 240

XXVI *"Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 - Apelación'"*

Expte. nº 3726 - 14/3/2007 244

XXVII *"Eyetich, Luisa Ester s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Ángel Ricardo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*

Expte. nº 4838/06 - 21/3/2007 250

XXVIII *"Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4888/06 - 21/3/2007 258

XXIX *"Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Boyacá S.A. c/Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/daños y perjuicios'"*

Expte. nº 4397/05 - 21/3/2007 277

XXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*

Expte. nº 4889/06 - 21/3/2007 279

XXXI *"Dosch, Sandra Elena y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5199/07 - 26/3/2007 302

XXXII *"Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5155/07 - 28/3/2007 306

XXXIII *"Chiarella, Gerardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Chiarella, Gerardo c/GCBA s/amparo'"*

Expte. nº 5156/07 - 28/3/2007 309

XXXIV *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ávalos, Evaristo s/inf. art. 83 del CC'"*

Expte. nº 4852/06 - 28/3/2007 312

XXXV *"Weck, Diego Ariel s/nulidad de convocatoria convención UCR"*

Expte. nº 5214/07 - 27/3/2007 315

XXXVI *"Rico, Susana Inés y otro s/electoral - otros"*

Expte. nº 5198/07 - 29/3/2007 318

XXXVII *"Moreno Hueyo, Guillermo s/petición"*

Expte. nº 5200/07 - 30/3/2007 320

XXXVIII *"S. P. V. y otros c/GCBA s/daños y perjuicios s/recurso de apelación ordinario concedido"*

Expte. nº 4866/06 - 11/4/2007 322

XXXIX *"Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y su acumulado expte. nº 4893/06 "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconsti-*

tucionalidad denegado", ambos en: "Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ."

Expte. nº 4887/06 - 11/4/2007 329

XL *"Waisman, Mónica Rut c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4678/06 "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Waisman, Mónica Rut y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'"*

Expte. nº 4690/06 - 11/4/2007 331

XLI *"Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'"*

Expte. nº 4808/06 - 11/4/2007 333

XLII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4925/06 - 11/4/2007 338

XLIII *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ovejero, Carlos Manuel s/inf. art. 189 bis CP - apelación'"*

Expte. nº 4916/06 - 11/4/2007 344

XLIV *"Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja"*

Expte. nº 361/00 - 11/4/2007 363

XLV *"Martínez, Liliana Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez, Liliana Beatriz c/GCBA s/revisión de cesantías o exoneraciones de empleo público'"*

Expte. nº 4873/06 - 11/4/2007 372

XLVI *"Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5167/07 - 18/4/2007 384

XLVII *"Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4911/06 - 18/4/2007 394

XLVIII *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Luraschi, Carlos Alejandro s/inf. art. 38, CC'"*

Expte. nº 5154/07 - 24/4/2007 440

XLIX *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moares, Carlos Luis s/estacionar en lugar prohibido y otra - apelación'"*

Expte. nº 4917/06 - 25/4/2007 447

L *"Ministerio Público —Fiscalía de Cámara en lo Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, Gabriel Alejandro s/inf. art. 189 bis, CP'"*

Expte. nº 4928/06 - 25/4/2007 454

LI *"GCBA c/Tacural S.A. s/ej. fisc. - Plan de facilidades s/recurso de apelación ordinario concedido"*

Expte. nº 4717/06 - 25/4/2007 464

LII *"Estado nacional s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Estado nacional argentino- Ministerio de Justicia de la Nación s/ej. fisc. ABL'"*

Expte. nº 4846/06 - 25/4/2007 469

LIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4757/06 - 25/4/2007 473

LIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ríos, Claudia Alicia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4959/06 - 2/5/2007 494

LV *"Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martitegui, Edgardo Aníbal c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'"*

Expte. nº 4861/06 - 2/5/2007 501

LVI *"Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa"*

Expte. nº 3944/05 - 2/5/2007 505

LVII *"Servipark S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido" y sus acumulados expte. nº 4905/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'" y expte. nº 4906/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'"*

Expte. nº 4895/06 - 4/5/2007 550

LVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prati, María Teresa c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4915/06 - 4/5/2007 561

LIX *"Vázquez, Daniel Gustavo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vázquez, Daniel G. y otro s/inf. art. 73, ley 1472 - apelación'"*

Expte. nº 4957/06 - 7/5/2007 583

LX *"Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"*

Expte. nº 5041/06 - 14/5/2007 595

LXI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Muñoz, Alejandro Luis María c/GCBA (Dirección General de Administración de Recursos Humanos) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*

Expte. nº 4967/06 - 16/5/2007 596

LXII *"Giuliano, Luis Ángel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Giuliano, Luis Ángel c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"*

Expte. nº 4958/06 - 16/5/2007 603

LXIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cámara, José Eduardo c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'"*

Expte. nº 4799/06 - 16/5/2007 612

LXIV *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Díaz, Cristian Osvaldo s/inf. art. 189 bis, CP'"*

Expte. nº 4991/06 - 17/5/2007 615

LXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*

Expte. nº 4981/06 - 17/5/2007 631

LXVI *"Anconetani, Gustavo Horacio c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4977/06 - 23/5/2007 635

LXVII *"Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5296/07 - 23/5/2007 640

LXVIII *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del CP'"*

Expte. nº 4994/06 - 23/5/2007 646

LXIX *"Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56 CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4993/06 - 23/5/2007 657

LXX *"Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. art. 116 y 117, ley 1472'"*

Expte. nº 5285/07 - 1º/6/2007 670

LXXI *"Krawczuk de Rubstein, Chaza s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Krawczuk de Rubstein, Chaza s/ejecución fiscal - ingresos brutos'"*

Expte. nº 4971/06 - 4/6/2007 673

LXXII *"Brasburg, Marcelo y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sasón, Rafael Leonardo y otros c/ Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/otros procesos incidentales' en 'Sasón, Rafael Leonardo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 5004/06 - 4/6/2007 677

LXXIII *"Toledo, Ramona Nelsa s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Toledo, Ramona Nelsa c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*

Expte. nº 5068/06 - 4/6/2007 682

LXXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4970/06 - 5/6/2007 686

LXXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*

Expte. nº 4889/06 - 12/6/2007 707

LXXVI *"Misiti, Antonio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de restitución de efectos en autos Longobucco, Daniel s/infracción art. 116, ley 1472'"*

Expte. nº 5203/07 - 13/6/2007 711

LXXVII *"GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal'" y su acumulado expte. nº 4972/06 "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal- otros'"*

Expte. nº 4909/06 - 13/6/2007 714

LXXVIII *"Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4932/06 "Lata, Jorge Mario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4942/06 - 13/6/2007 722

LXXIX *"Bruno, María Soledad s/queja por recurso denegado en 'Bruno, María Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4997/06 - 13/6/2007 730

LXXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Santa María SCA s/ejecución de sentencias en las restantes causas'"*

Expte. nº 5071/06 - 13/6/2007 734

LXXXI *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Luraschi, Carlos Alejandro s/inf. art. 38, CC - apelación'"*

Expte. nº 5154/07 - 20/6/2007 739

LXXXII *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ovejero, Carlos Manuel s/inf. art. 189 bis, CP - apelación'"*

Expte. nº 4916/06 - 20/6/2007 745

LXXXIII *"Carnevale, Claudia E. s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Carnevale, Claudia E. y otro c/Hospital Gral. de Agudos Dr. T. Álvarez s/daños y perjuicios'"*

Expte. nº 5284/07 - 20/6/2007 752

LXXXIV *"Asociación por los Derechos Civiles (A.D.C) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 4172/05 - 20/6/2007 754

LXXXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palomes, Susana c/OSCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 5099/06 - 20/6/2007 758

LXXXVI *"Incidente de excarcelación en autos 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis CP Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis CP' s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5157/07 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de excarcelación en autos Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P.'"*

Expte. nº 5158/07 - 28/6/2007 773

LXXXVII *"Gómez de Saccone, Susana Graciela c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 5043/06 - 28/6/2007 794

LXXXVIII *"Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 5167/07 - 29/6/2007 800

LXXXIX *"Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*

Expte. nº 3103/04 - 3/7/2007 803

XC *"Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recursos de inconstitucionalidad concedido"*

Expte. nº 4911/06 - 3/7/2007 806

XCI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cazale, María Mercedes c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 5069/06 - 3/7/2007 812

XCII *"Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4945/06 "Ludueña, Pedro Albino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*

Expte. nº 4978/06 - 3/7/2007 819

FALLOS

I

"SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BOYACÁ S.A. C/SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Contestación del traslado del recurso extraordinario federal. Impuesto al valor agregado.

Expte. nº 4397/05 - 7/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Hugo F. Vasen, apoderado de Boyacá S.A., solicita la regulación de sus honorarios por la actuación al contestar el traslado del recurso extraordinario oportunamente interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. A fs. 387/392 el Tribunal resolvió denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado contra la sentencia de fs. 308/319 que rechazó la queja. Las costas de este recurso fueron impuestas a la vencida.

2. De conformidad con lo establecido por el art. 14 de la ley arancelaria, cabe tener presente que los honorarios de la dirección letrada de

la parte actora por su intervención en la primera instancia, fueron regulados por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso administrativo y tributario en la suma de $ 7.535 (pesos siete mil quinientos treinta y cinco) (fs. 664 vta.). Existe, entonces, una base firme sobre la cual regular los honorarios profesionales (*Fallos*, 312:1635) solicitados por el abogado Hugo F. Vasen, apoderado de Boyacá S.A., por su actuación al contestar el recurso del art. 14 de la ley 48. Con ese fin, corresponde tener en cuenta las pautas establecidas por los arts. 6º y 14 de la ley 21.839 (texto según ley 24.432).

3. En el escrito de fs. 377/379 el letrado apoderado planteó objeciones a la admisibilidad del recurso y la decisión del Tribunal fue favorable al interés de su representada. De tal manera, considero razonable regular los honorarios del Dr. Hugo F. Vasen, en la suma de $ 2.450 (pesos dos mil cuatrocientos cincuenta), por su intervención en el doble carácter de apoderado y letrado patrocinante, más el IVA si correspondiere (*Fallos,* 316:1535). Dado que no se invoca ni se acredita ningún tipo de exención con relación a la contribución establecida por la ley 1181 (CASSABA), el obligado al pago deberá adicionar el 1 % establecido por el art. 62, inc. 2º, de la ley 1181.

Los jueces JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios del abogado Hugo F. Vasen, letrado apoderado de Boyacá S.A. en la suma de $ 2.450 (pesos dos mil cuatrocientos cincuenta) por su intervención en el doble carácter de apoderado y letrado patrocinante en el recurso extraordinario federal; importe al que deberá adicionarse el IVA, si correspondiere, y el 1% establecido por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 319, punto 2.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

II

"DR. RICARDO MONNER SANZ C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4313/05 "LOTERÍA NACIONAL SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO DENEGADO EN: 'DR. RICARDO MONNER SANZ C/INSTITUTO DE JUEGOS DE APUESTAS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Requisitos. Acreditación de un gravamen que permita habilitar la instancia extraordinaria. Cuestión de derecho procesal.

Expte. nº 4809/06 - 7/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Ricardo Monner Sans plantea recurso extraordinario federal (fs. 1676/1746) contra la sentencia dictada por el Tribunal con fecha 6/10/2006. El recurso fue contestado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 1755/1767 vta.), por el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 1769/1773 vta.) y por Lotería Nacional S.E. (fs. 1775/1780).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE y los jueces JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Por medio de la presente acción de amparo se pretendía que por vía judicial se dejara sin efecto y se declarara inoponible a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un convenio celebrado entre el Instituto de Juegos y Apuestas local y Lotería Nacional (S.E.) por disponer con exceso de facultades de la competencia de la Ciudad en materia de juegos de azar (fs. 1/10).

En el pronunciamiento que ahora es objetado mediante el recurso extraordinario federal se expresó que, en virtud de los vicios que presentaba el trámite del expediente —relacionados básicamente con la defectuosa integración de la *litis* y la palmaria imposibilidad de *anular parcialmente* un convenio aprobado

in totum por la Legislatura local y el Poder Ejecutivo Nacional, es decir, como un plexo normativo inescindible y sistemático—, "no era posible emitir una sentencia útil con el contenido de la decisión recurrida, ni aún tramitar la pretensión que dio origen a la causa" (punto 5, voto de los jueces Lozano, Casás y Conde). Así, por mayoría, se declaró la nulidad de todo lo actuado.

Desde esta perspectiva, entonces, deben ponerse de resalto los diversos óbices que impiden el andamiento de la vía recursiva intentada.

2. En primer término, la aptitud exigible para instar el recurso *sub examine* no difiere, en lo que interesa, de la aptitud que corresponde a la acción, a cuyo respecto la sentencia recurrida resolvió, por mayoría, que no asistía al recurrente, con fundamentos no cuestionados. Consecuentemente, no se demuestra un gravamen capaz de habilitar la instancia extraordinaria federal. Ello así, toda vez que en ningún tramo de su extensa presentación la parte interesada explica de qué manera la sentencia objetada lo agravia en sus derechos, garantías o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

Esta circunstancia es suficiente para determinar el rechazo del recurso, toda vez que la crítica o cuestionamiento de este punto central —falta de aptitud para demandar del ahora recurrente— resultaba insoslayable para dotar de operatividad, en cuanto a su tratamiento, a los agravios que sustentan la pretensión de controvertir la sentencia de este Tribunal.

3. A mayor abundamiento, más allá de advertirse que la cuestión debatida en esta instancia de excepción, en virtud de lo señalado en el punto 1 precedente, versa en buena medida sobre aspectos procesales —ajenos por regla al ámbito propio del recurso extraordinario federal—, cabe resaltar que los reproches traídos por el recurrente no se dirigen contra una sentencia definitiva puesto que la emitida no resuelve la controversia ni impide continuarla, siempre que lo sea con la debida integración de la *litis*. En este sentido, es claro que no se ha demostrado que la concreta pretensión que se intentara canalizar en esta causa no pueda ser reiterada correctamente ante los estrados judiciales. Tampoco se ha acreditado, como se dijo, que la decisión atacada —aún pudiendo reiterarse la pretensión objeto del juicio—, genere de todos modos en cabeza del recurrente, abogado Ricardo Monner Sans, algún perjuicio de insuficiente o muy dificultosa reparación ulterior.

4. En consecuencia, el recurso extraordinario federal debe ser denegado, con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Sin perjuicio de aceptar y sumarme a los argumentos que expresan mis colegas para rechazar el recurso, dadas las críticas particulares a mi voto que él ha suscitado por parte del recurrente, aclaro que me parece absolutamente improcedente defenderlo o aceptar esas críticas en una resolución que sólo tiene por finalidad conceder o no conceder un recurso que interpone quien critica la

sentencia. En segundo lugar, tampoco cualquier opinión vertida sobre mi voto conduce a una crítica de la sentencia, pues aquél no fue determinante para decidir tal como se resolvió el asunto. Por lo contrario, existen tres opiniones concordantes que determinaron el dispositivo de la decisión criticada.

En cuanto a las costas, no hallo razón alguna, tratándose de un recurso ante la Corte Suprema, para eximir de ellas al recurrente que, hasta esta instancia, resulta derrotado (art. 62, CCAyT).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por Ricardo Monner Sans, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como fue ordenado en la sentencia recurrida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, y Julio B. J. Maier.*

III

"BANDIERI, LUIS MARÍA Y OTRO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4796/06, "COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Requisitos. Caso constitucional. Acción declarativa de inconstitucionalidad. Improcedencia frente a una declaración de inconstitucionalidad en abstracto. Cuestión federal. Indicación concreta del derecho federal invocado. Interpretación de normas y actos locales. Sentencia definitiva. Posibilidad de recurrir al control difuso de constitucionalidad. Gravedad institucional. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4795/06 - 8/2/2007

VISTO:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los abogados Enrique del Carril, Guillermo Martín Lipera, Damián Fernando Beccar Varela, Fernando Goldaracena, Máximo J. Fonrouge, Gonzalo Manuel Vayo, Ricardo V. Seeber y Eduardo J. Güemes, todos por derecho propio, y el primero de los nombrados, además, en representación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, interponen recurso extraordinario federal (fs. 166/189), contra la sentencia de fs. 151/162 que declaró formalmente inadmisible la demanda de inconstitucionalidad. Plantean, fundamentalmente, la existencia de cuestión federal por haberse vulnerado su derecho a defensa en juicio; por arbitrariedad de la sentencia y por gravedad institucional.

2. Del recurso se dio traslado a la Procuración General de la Ciudad y fue contestado a fs. 193.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 166/189 ha sido interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN), sin embargo no es admisible por ausencia de requisitos comunes y propios en los términos de la doctrina delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de innumerables fallos.

2. El recurso no satisface el requisito común o jurisdiccional de la necesidad de la existencia de un caso "en el que el titular de un interés jurídico *concreto* busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional" (*Fallos*, 308:2147 y 322:528 entre otros).

Tal necesidad, ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "surge de los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la C.N., los cuáles, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las 'causas', 'casos' o 'asuntos' que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución; expresiones estas ultimas que, al emplearse de modo indistinto, ha 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, p. 422). De ahí que, en análoga línea de razonamiento, al reglamentar al citado art. 100 (hoy 116), el art. 2º de la ley 27 expresa que la justicia nacional 'nun-

ca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte' (subrayado añadido)" (*Fallos,* 322:528).

Más aun, la CSJN ha descartado la existencia de causa o caso "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes" (*Fallos*, 12:373; 156:318; 243:176; 256:104; 256:386 y 307:2384, entre muchos otros). Ello es particularmente claro en el *sub iudice* que trata sobre el instituto creado por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA —acción declarativa de inconstitucionalidad— destinado a provocar la declaración de inconstitucionalidad en abstracto y con una proyección *erga omnes* de normas de alcance general —y al cual los actores se han sometido voluntariamente—, en la medida de que los jueces de la Nación —para el caso la Corte Suprema, recurso extraordinario mediante— "según el mandato constitucional (...) no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla e interpretarla en teoría, sino solo aplicarla a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones" (*Fallos*, 311:2580).

Tal es el criterio que he sostenido en oportunidad de pronunciarme en la causa "Macbar S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2577/03, resolución del 16/12/2004, en la que precisé que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo pueden ser consideradas causas contenciosas —en los términos del art. 2º de la ley 27— aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas y no los planteos en los que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (*Fallos*, 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 156:318; 243:176, entre otros), por lo que el debate pretendido en este proceso no puede considerarse comprendido en tal categoría en la medida de que, como se ha expuesto arriba, en la jurisdicción federal no se admiten pronunciamientos abstractos acerca de la interpretación o de la validez de las leyes o actos de los otros poderes.

Y es precisamente, en la causa MACBAR citada, en la que la CSJN ha corroborado recientemente este criterio, al remitir —ampliando fundamentos— al dictamen de la Procuración General de la Nación, que sostuvo la inexistencia de caso, causa o controversia en las acciones previstas por el art. 113, inc. 2º, CCBA (expte. nº 67/2005, t. 41, letra M, "Macbar S.R.L. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 14/11/2006.

En el mismo sentido señalado precedentemente considero ilustrativo transcribir la opinión expresada por mi colega, el juez Luis F. Lozano, en

los párrafos 1, 2, 3 y 5 del punto 6 de su voto en la causa "Asociación por los Derechos Civiles c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución del 16/7/2004, donde dijo:

"La Constitución Nacional libra a cada gobierno local la decisión acerca de cómo organizar su administración de justicia. Como principio, estas administraciones de justicia deben dar cabida a todo aquello que reúna las características de una causa de las contempladas en el art. 116; pero, nada empece, también como principio, a que el espectro de asuntos atendidos por los órganos que la compongan comprenda algunos que no sean apropiados para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Más aún, se ha admitido que ello ocurra en jurisdicción federal, en tanto el legislador puede atribuir a los jueces inferiores competencia para atender cuestiones, las voluntarias, por ejemplo, que como principio no podrían ser llevadas al máximo Tribunal".

"Las ampliaciones que cada jurisdicción local estime oportuno disponer quedan fuera del control de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio, desde luego, de que la cuestión que constituya el *leit motiv* del caso no comprendido dentro del ámbito de causas susceptibles de resolución judicial federal a que me refiero pueda ser ulteriormente materia de una causa de las que puede efectivamente tratar ese Tribunal cimero. Si, en cambio, el recurso extraordinario federal procediese en supuestos distintos de las causas definidas en la Constitución Nacional, la extensión de la jurisdicción federal quedaría a merced de las provincias que podrían llevarla a extremos que conducirían a la Corte Suprema a invadir la esfera de otros Poderes federales o de Poderes locales".

"Muchas jurisdicciones han dotado a sus máximos tribunales de competencias de esta especie. Así, la Constitución de la provincia del Chaco dota al tribunal Superior de competencia para resolver una acción de inconstitucionalidad (art. 163, inc. 1-a), la Provincia de Buenos le atribuye a su Suprema Corte la resolución, en forma '...originaria y exclusiva(mente) en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia...' (art. 161, inc. 2º), o más específicamente 'art. 187'. Los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que ocurran en el seno de este último, los de las distintas municipalidades entre sí o con otras autoridades de la Provincia...'".

"La Ciudad Autónoma de Buenos Aires está sujeta a estas reglas. Observándolas, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha organizado su Tribunal Superior de Justicia confiriéndole facultades de resolver asuntos que constituyen causas en el sentido del art. 116 de la C.N. y otros que no lo son desde el ángulo federal, aunque el constituyen-

te ha querido amoldar su tratamiento a cánones propios de un proceso judicial, y encomendar su solución a su máximo tribunal. Es este el caso de la acción declarativa de inconstitucionalidad contemplada en el inc. 2º del art. 113 de la CCBA".

Lo expuesto resulta suficiente para enervar los intentos de los recurrentes enderezados a demostrar la existencia de caso o causa en el *sub lite*, sin perjuicio de destacar que basta acudir a su escrito inicial y a su ampliación, para advertir claramente la invocación exclusiva de que el Tribunal ejerciera el control puro, abstracto y concentrado de constitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 2º, CCBA (fs. 108 vta. y 110 y fs. 139 vta. y 140, respectivamente), por lo que mal pueden pretender la intervención del máximo tribunal federal —vedada, como ya se ha dicho, por la inexistencia de caso, causa o controversia— con el argumento de que constituye caso judicial todo aquello susceptible de ser presentado ante un tribunal de justicia en procura de una pretensión concreta.

3. Tampoco cumple el recurso intentado con los requisitos propios atinentes a la existencia de *cuestión federal y sentencia definitiva*, según se verá seguidamente.

3.1. La afirmación de la existencia de cuestión federal por violación a la tutela judicial efectiva, con fundamento en que no hay otro remedio judicial idóneo en el ámbito local con los mismos efectos y consecuencias que la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA, no implica otra cosa que la discrepancia de los recurrentes acerca de la interpretación del Tribunal acerca de la jurisdicción que la Constitución local le confiere, y no puede ser admitida por las razones que siguen.

Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades (ver "Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/2000, resolución del 13/12/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 455, y "Unión Transitoria de Agentes S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/01, resolución del 26/12/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 854, entre muchas otras) en el sentido de que tal cuestión —la que concierne a la interpretación del propio Tribunal sobre la jurisdicción que la Constitución porteña le otorga— es ajena a la vía extraordinaria federal. Además, es jurisprudencia constante de la Corte Nacional la que excluye la existencia de cuestión federal cuando se trata de interpretar normas y actos locales (*Fallos*, 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros), y la que no considera admisible el recurso que cuestio-

na la interpretación que los tribunales provinciales efectúan del alcance de su jurisdicción y facultades, por tratarse de una cuestión regida por las constituciones y leyes locales (*Fallos*, 285:410; 286:87; 288:50; 291:356; 301:615; 308:551; 311:1855, entre otros).

3.2. Por otra parte, el planteo recursivo no se dirige contra una sentencia definitiva en los términos exigidos por la Corte Federal. Ello es así pues, por un lado, la sentencia no priva a los interesados de otros medios legales para reclamar la tutela de los derechos que invocan ni impiden el replanteo de la cuestión en otro juicio (*Fallos,* 303:1040, entre otros, y mi voto en "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3103/04, resolución del 8/6/2005). En efecto, los actores cuentan en el ámbito local con el control constitucional difuso atribuido a todos los jueces de la Ciudad a fin de hacer proteger los intereses que puedan afectarlos individual o colectivamente. Y a tal punto no constituye sentencia definitiva lo que se resuelva en las acciones previstas en el art. 113, inc. 2º, CCBA, que lo allí decidido no obsta al "posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces" (art. 113, inc. 2º, *in fine*, CCBA).

Por otro lado, según ha expresado el más Alto Tribunal, "el archivo de la demanda por entender que no reúne los requisitos legales pertinentes, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 14 de la ley 48" (*Fallos*, 302:805 y doctrina de este Tribunal en la causa "Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", ya citada).

Finalmente, el criterio que sostengo —ausencia de sentencia definitiva— también ha sido compartido por el aludido dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa "MACBAR..." citada arriba, dictamen que, como quedó también dicho *supra,* la Corte ha hecho suyo como ampliación de fundamentos.

4. En otro orden debo reiterar que los actores eligieron voluntariamente demandar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA y de los arts. 17 y 24 de la ley local 402, y destacar que lo hicieron sin formular reserva alguna en la demanda (fs. 108/124) ni en su ampliación (fs. 135/140) contra las reglas de tramitación del juicio o la doctrina de este Tribunal que recién exponen en el memorial recursivo extraordinario.

Tal expresión, recién ahora, aparece como una reflexión tardía (*Fallos,* 307:629; 308:51) ya que no puede considerarse que esos reparos estén a cubierto por la defectuosa reserva de cuestión federal efectuada en el punto X (fs. 123 vta.) y en el punto II, 2.5 (fs. 109) de la demanda.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que si "bien no deben exigirse fórmulas sacramentales en la reserva de la cuestión federal, la simple reserva genérica, a modo de anuncio, no puede suplir la indispensable mención concreta del derecho federal invocado, así como la demostración de su vínculo con la materia del pleito, lo cual presupone un mínimo desarrollo argumental de la inconstitucionalidad que se alega y de su atinencia al caso" (conf. CSJN en "Darwin Peralta v. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal" —*Fallos*, 311:1804—, sentencia del 8/9/1988, y mi voto, en "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2535/03, resolución del 13/10/2004).

5. Tampoco la invocación de la existencia de "gravedad institucional" permite la concesión del recurso, ya que para la procedencia de esta causal de impugnación es requisito *sine qua non* la existencia de cuestión federal, lo que no ocurre en autos como ya fue dicho, pues "la invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N." (*Fallos,* 311:121).

Por otra parte, la Corte Suprema desestima la existencia de esta causal cuando, como ocurre en este expediente, lo resuelto no excede el interés individual de las partes o del apelante, ni atañe en modo directo a la comunidad (*Fallos*, 303:962; 304:848; 308:206), ni compromete instituciones básicas de la Nación (*Fallos*, 307:973) —conf. este Tribunal *in re*, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 575/00, resolución del 11/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 93.

6. Los restantes fundamentos expuestos incidentalmente por los recurrentes, concernientes a la presunta arbitrariedad de la sentencia por fundamentación deficiente, apartamiento de la solución normativa aplicable a las constancias de la causa, contradicción e incongruencia (fs. 186 vta./187 vta., sólo traducen —una vez más— una mera discrepancia con el criterio expuesto por este Tribunal con respecto a la inteligencia que corresponde asignarle a la admisibilidad formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad regida —insisto— por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757), sin que los interesados hayan logrado demostrar que el fallo contenga vicios lógicos o fundamentos insostenibles (conf. voto del Dr. Lozano, al que adherí, en la causa "Anapios, Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación c/resoluciones disciplinarias, art. 34 y DT 3 A ley 466'", expte. nº 3880/05, resolución del 16/11/2005).

Sin perjuicio de lo cual, cabe tener presente que la admisibilidad del recurso extraordinario por la causal de arbitrariedad de sentencia —estableci-

da por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— es estricta, y no permite soslayar la inexistencia de sentencia definitiva para la concesión del recurso (doctrina de *Fallos,* 304:749; 304:1717; 306:1679; 312:311, entre otros).

7. Costas por su orden en atención al contenido de presentación efectuada por la Procuración General a fs. 193 (conf. art. 68, CPCCN). Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 166/189. Costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Los jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz no firman por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, y Julio B. J. Maier.*

IV

"ASOCIACIÓN CIVIL PARA LA DEFENSA —EN EL ÁMBITO FEDERAL E INTERNACIONAL— DE DERECHOS (DE.FE.IN.DER.) S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Requisitos. Identificación de la norma de carácter general. Norma local emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Ley 1182. Aprobación del convenio celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad de Buenos Aires. Eficacia en la jurisdicción local. Competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Expte. nº 4948/06 - 14/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La "Asociación Civil para la Defensa —en el ámbito Federal e Internacional— de Derechos" (DE.FE.IN.DER.) en la persona de su Presidenta, doctora Lorena Vanesa Totino, y ésta última además por derecho propio, promueven demanda de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y arts. 17 y ss. de la ley 402 (fs. 12/22), a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 1182 por ser contraria a los arts. "6º, 7º, 50, 104 inc. 31, la cláusula transitoria decimonovena, de la CCBA, y art. 129 de la C.N." (fs. 12).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal ha recordado que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de las normas de carácter general emanadas de las autoridades locales (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss.; y "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/2000, sentencia del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 426 y ss., entre otros).

Cabe señalar que la ley 402, al reglamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad, en nada ha alterado el criterio señalado.

2. Por mi parte, en oportunidad de pronunciarme acerca de qué corresponde entender por "norma de alcance general" en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, sostuve, en lo pertinente, que "son 'normas de carácter general' las que se dirigen a un universo de destinatarios y posibilitan, en abstracto, que sus presupuestos de hecho, y las consecuencias jurídicas que a ellos enlaza el legislador, no se agoten instantánea y fugazmente en el tiempo" y que "no debe confundirse la 'norma' con su 'fuente de producción' —fuente que podrá ser la ley, el decreto, un reglamento subalterno, la costumbre, el acto o el contrato—, ni tampoco asimilarla a un artículo, cláusula o disposición de alguno de ellos" (conf. mi voto en "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad", expte. nº 52/99, resolución del 20/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 107 y ss.).

3. La presente acción tiene como objeto que se declare "la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de la ley 1182" (conf. escrito de inicio, punto 2 "Objeto", fs. 12).

La disposición mencionada se limita a aprobar un convenio celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad de Buenos Aires.

En virtud de lo expuesto, como primera reflexión, entiendo que era una carga inexcusable de los actores para lograr el andamiento de la acción deducida fundamentar por qué motivo la ley 1182 debe considerarse una "norma de alcance general", sin que, a tal efecto, baste simplemente con dirigir la acción contra una ley en sentido formal.

En este caso, la exigencia de la debida fundamentación sobre el punto se ve especialmente recomendada, toda vez que, al emitir el voto conjunto con mis colegas Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en un precedente reciente, se sostuvo que "(...) la ley 1182 lo es en sentido formal, por lo que no incorpora una normal general al orden jurídico sino que contiene una manifestación de la Legislatura prevista en el convenio como necesaria para su perfeccionamiento o, por lo menos, para tornar eficaces los compromisos que constituyen su objeto" (*in re:* "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4809/06, y su acumulado "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", expte. nº 4313/05, resolución del 6/10/2006).

Y vale destacar que las reflexiones antecedentes no pudieron pasar desapercibidas para la accionante, pues ella misma se ha referido a este decisorio del Tribunal en su escrito de inicio (conf. fs. 21 vta. y 22).

En suma, si se tiene en cuenta que los efectos de la ley 1182 se circunscriben a conferir eficacia para la jurisdicción local al convenio suscripto entre el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Lotería Nacional SE, es menester afirmar, en esta oportunidad, que la norma legal objetada no constituye, desde mi punto de vista, una norma de alcance general en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

4. Con mucha benevolencia podría entenderse que las tachas de la interesada se dirigen, en realidad, no contra la ley 1182, sino contra las cláusulas del convenio que el apuntado precepto legal aprueba.

Sin embargo, en mi concepto, de la lectura del escrito inicial se advierte que los interesados incumplieron la carga de identificar con la clari-

dad exigible en este tipo de procesos la/s norma/s de alcance general del convenio cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue (art. 19, inc. 2º, ley 402).

Ello así, por cuanto sólo se limitaron a expresar que "(l)a competencia de V.E. para entender en la presente acción resulta evidente ya que a través de la misma se impugna una norma de 'carácter general' emanada de una de las 'autoridades de la Ciudad'" (fs. 20 vta.) y, al mismo tiempo, también manifestaron que en el anexo I, "que forma parte integrante del convenio, se enumeran distintas normas regulatorias del juego, normas de alcance general y otras de la más diversa índole" (fs. 15).

En tales términos, la propia accionante afirma que en el convenio cuestionado existirían normas de alcance general, pero también otras normas regulatorias "de la más diversa índole".

5. Por lo tanto, a partir de una lectura de la demanda respetuosa del principio *pro actione*, si lo que se pretende es una declaración de inconstitucionalidad de la propia ley 1182, esta hipótesis conduce al rechazo formal de la acción pues el precepto en sí mismo no constituye una norma de alcance general en los términos del art. 113, inc. 2º de la CCBA.

Si, en cambio, la pretensión se orienta a obtener una declaración de inconstitucionalidad del convenio aprobado por la ley 1182 *en todas sus partes*, hipótesis a la que se podría arribar al tener en cuenta que la accionante ha solicitado lisa y llanamente la pérdida de vigencia de la ley 1182 que aprueba *en forma global* el convenio, esta petición tampoco puede tener favorable acogida en esta instancia, pues, como mínimo, se muestra en contradicción con lo afirmado por la propia interesada al expresar que el convenio no sólo contiene normas de alcance general.

Por fin, la simple enunciación de algunas cláusulas del mentado convenio celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad de Buenos Aires a lo largo del escrito inicial y las alegadas —y escuetas— objeciones constitucionales que se formulan genéricamente respecto de las mismas (por importar una supuesta violación de los arts. 6º, 7º, 50, 104 inc. 31 y de la cláusula transitoria decimonovena de la CCBA), en mi opinión, tampoco resultan idóneas para delinear el fundamento claro y preciso que demanda una acción con las características de la prevista en el art. 113 inc. 2º de la CCBA (conf. doctrina de los precedentes: "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 56 y ss.; "Bustelo, María Cecilia c/GCBA —Secretaría de Educación— s/acción declarativa de in-

constitucionalidad", expte. nº 1328/01, resolución del 20/2/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 43 y ss.; entre otros).

La apuntada crítica genérica que domina la presentación de la accionante deriva en la falta de conexión entre las cláusulas convencionales objetadas y las disposiciones constitucionales que se dicen vulneradas, sobre todo a la hora de respaldar argumentativamente las supuestas violaciones de los arts. 6º, 7º, 104 inc. 31 y la cláusula transitoria decimonovena de la CCBA. El déficit señalado se reitera y tal vez alcanza su cenit en el intento por explicar que el convenio suscripto por la autoridad local, aprobado por la ley 1182, implicaría una "(v)iolación de los derechos de los grupos más vulnerables que habitan la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (punto 4.3 del escrito inicial, fs. 17 vta.), a raíz de la alegada afectación de los arts. 9º inc. 10, 17, 18, 20 y 21 inc. 1º, 24, 31, 39, 41 y 42 (conf. fs. 17 vta./18 vta.).

Por las consideraciones expuestas, estimo que, en los términos en que ha sido planteada, la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por DE.FEIN.DER y por la doctora Lorena Vanesa Totino resulta formalmente inadmisible.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega Dr. José O. Casás en cuanto afirma que ni la ley 1182 ni el convenio atacados en la demanda constituyen normas de alcance general a los efectos de la acción regulada por el art. 113 inc. 2º de la CCBA.

Tampoco el convenio celebrado entre Lotería Nacional S.E y el Instituto de Juegos y Apuestas de la CBA puede ser considerado una norma local emanada de las autoridades de la ciudad, exigencia constitucional que recepta el art. 17 de la ley 402. Resulta indisputable que los compromisos allí estipulados exceden los que de modo unilateral crean las leyes y demás normas de alcance general controlables mediante la acción declarativa de inconstitucionalidad con la posibilidad de quedar derogadas por el Tribunal como legislador negativo. En todo caso, el cauce propicio para resolver planteos vinculados con el tema abordado en la demanda será el control difuso, impulsado por parte legitimada y, ejercido en razón de las pretensiones y defensas esgrimidas en causas concretas por los jueces de la jurisdicción pertinente (conf. voto mayoría en "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4809/06 y su acumulado "Lo-

tería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/procesos incidentales'", expte. nº 4313/05, resolución del 6/10/2006).

La ausencia de los presupuestos básicos enunciados es la única que permitiría explicar la paradoja que supone demandar el control abstracto de constitucionalidad cuando el efecto de la sentencia, tal como se formula la acción, no sería otro que extinguir una relación contractual con alcance retroactivo. Ambas consecuencias exceden el ámbito de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Por ello, corresponde declarar formalmente inadmisible la acción entablada a fs. 12/23.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás con las correctas apreciaciones efectuadas por el juez Dr. Luis F. Lozano.

Tal como acertadamente lo destacan ambos jueces, ni la ley local 1182 es una norma de carácter general, ni el convenio que ella aprueba es una disposición emanada exclusivamente de autoridades de la Ciudad. Por ello, la acción declarativa de inconstitucionalidad que se intenta no reúne los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 113, inc. 2º, CCBA, lo que resulta suficiente para determinar el rechazo de la presentación.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los actores están legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. La norma impugnada fue dictada por las autoridades locales y es de carácter general, por lo que se encuentran satisfechos los requisitos establecidos en el art. 113, inc. 2º, CCBA y en el art. 17, LPTSJ.

3. La ley 1182 es reputada por la actora como contraria a los arts. 6º, 7º, 50, 104, inc. 31, la cláusula transitoria decimonovena, de la CCBA, y art. 129 de la C.N. La pretensión satisface, así, otra de las exigencias de admisibilidad del art. 113, inc. 2º, de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. La demanda cumple también las exigencias del art. 19 de la ley 402 —en particular, la del inc. 2º— y los recaudos señalados por la jurisprudencia del Tribunal (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, entre otros).

5. El Tribunal resulta, entonces, competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ). Corresponde, en consecuencia, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en la norma citada.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En el escrito de la demanda, la actora afirma que la competencia del Tribunal para entender en la acción sometida a examen de constitucionalidad "resulta evidente ya que a través de la misma se impugna una norma de 'carácter general' emanada de una de las 'autoridades de la Ciudad'" (fs. 20 vta.). Si bien explicaré luego las razones por las que estimo que estos argumentos, ofrecidos para fundar la competencia del TSJ, no resultan correctos, trataré en primer término la cuestión misma de la competencia del Tribunal con relación a la demanda. La accionante ilustra su convicción en punto a esta materia y, con ese objeto, cita y transcribe parcialmente el voto de mis colegas, los Dres. Conde, Lozano y Casás, en la causa "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4809/06, y su acumulado "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", expte. nº 4313/05, resolución del 6/10/2006 (fs. 21).

Precisamente, en mi voto para esa causa, yo advertí que la controversia examinada agrupaba "un sinnúmero de cuestiones jurídicas de la mayor importancia" y que, "para advertir esta situación [valía la pena] practicar un inventario de estas cuestiones...". El primer problema que mencioné se refería a la competencia federal o local en el caso sometido a resolución, "... discutible y discutida en razón de la persona, del territorio y de la materia, incluso de la mano de menciones de la Constitución Nacional (arts. 75, inc. 15 y 129, este último respecto de la autonomía de la Ciudad, que contravendría la Constitución local, arts. 8º, 50 y concs.)", punto 3. *a* de mi opinión. Al concluir mi voto, reiteré que dudaba seriamente acerca de "la competencia local y su eventual prórroga tácita (C.N., 116)... los límites territoriales de la Ciudad (C.N., 75, inc. 15, y 116) y... la potestad de jurisdicción exclusiva de la Nación (C.N., 75, inc. 30)" en la causa, punto 3 *in fine*.

Frente a la presentación bajo estudio, debo señalar que la demanda no contiene argumento alguno que me persuada acerca de la competencia del Tribunal, más aún de cara a los yerros en que incurre la accionante al afirmar la generalidad de la norma impugnada y su carácter de regla local ema-

nada de las autoridades de la Ciudad como presuntos fundamentos de dicha competencia, cuestiones que analizaré a partir del punto 3 de mi voto, tras referirme a un problema antecedente que advierto en la demanda.

2. El escrito mediante el cual se deduce la acción, al contener dos descripciones normativas del objeto de la demanda, concluye por no precisar nítidamente la hipótesis de inconstitucionalidad que plantea. Por un lado, la Asociación Civil Defeinder y su presidenta, Dra. Totino, por derecho propio, promueven esta acción con el objeto de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la ley 1182, que se limita a aprobar un convenio celebrado entre Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad de Buenos Aires. Por otro lado, los actores afirman que "la ley 1182 (*y el convenio que la integra* —énfasis suplementado), es violatoria del art. 104 inc. 31 de la Constitución local, ya que la administración y explotación de los juegos de azar, de destreza y apuestas mutuas, por él establecido no se realiza 'según las leyes respectivas'" (fs. 6 vta.).

No obstante la interpretación de la accionante, que entiende que las cláusulas del convenio *integran* la ley impugnada, resulta evidente que, a los efectos de esta acción declarativa de inconstitucionalidad —en verdad, a los efectos más generales de individualizar e identificar una norma desde el punto de vista de su pertenencia y adecuación a un sistema jurídico—, la ley de carácter *formal* que aprueba el convenio no guarda identidad con las cláusulas que aquél contiene; dichas cláusulas tampoco se subsumen en la ley 1182, que sólo perfecciona un convenio entre dos entidades, una nacional y la otra local, como condición explícita de su vigencia.

De lo afirmado hasta aquí se desprende que la accionante no ha cumplido con la carga de identificar con la claridad y el rigor que impone la acción prevista por las disposiciones locales citadas *supra* qué norma/s efectivamente pone en crisis, la ley, el convenio o ambos, reglas a las que asigna una hermenéutica integradora que, por las razones ofrecidas, yo no comparto.

3. La ley 1182 no constituye una norma de carácter general. Como lo he señalado en diversos precedentes, para establecer la generalidad o particularidad de una norma resulta útil apelar a un test que contemple la posibilidad o imposibilidad de repetición, en el futuro, de la hipótesis de hecho contenida en ella (conf. mi voto *in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 15/5/2001, primer apartado). A partir del test referido, resulta sencillo concluir que la ley objetada, al limitarse a conferir eficacia para el ámbito local a un convenio

como el descripto en el punto 2 de mi voto, contempla una situación pasada y, por sus características, irrepetible en el futuro (instalación de la nueva sala de casino en Puerto Madero, continuidad del funcionamiento de la primera sala, instalación y ampliación del stock de máquinas tragamonedas en el Hipódromo Argentino de Palermo). Por lo demás, comparto el criterio del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás, en el sentido de que una manifestación de la Legislatura local que es condición necesaria de la eficacia de un convenio, debe reputarse como una ley estrictamente formal que, como tal, no constituye la norma de alcance general prevista para la procedencia de la acción por el art. 113, inc. 2º, CCBA (punto 3 de su voto).

4. Por su parte, el convenio aprobado por la ley 1182 tampoco satisface la exigencia de generalidad, circunstancia que, como apunta el Dr. Casás, revela la propia actora al explicitar que en el anexo I del acuerdo "...se enumeran distintas normas regulatorias del juego, normas de alcance general y otras de la más diversa índole" (fs. 15). Asimismo, la acción bajo estudio no sigue el temperamento impuesto en general por el TSJ, pues, en lugar de identificar normas específicas, en pugna con las constituciones nacional o local, pretende la declaración de inconstitucionalidad *in totum* del convenio que la ley 1182 perfecciona. De este modo, bajo la hipótesis de que tal convenio sea el objeto de la impugnación intentada por Defeinder y su presidenta, la demanda no cumple con la carga de identificar, con la debida especificidad, cuáles son las normas de alcance general que la actora pretende que el Tribunal invalide, y cuáles son las razones por las cuales cada una de ellas es puesta en crisis a través de la *ultima ratio* del orden jurídico, esto es, la pretensión de que se declare su falta de adecuación constitucional. Como sostuvo este Tribunal en la causa "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, resolución del 15/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., t. III, pp. 622/623, el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local cuya exclusión del catálogo que lo conforma aquél pretende. Debe citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA), pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto (conf., asimismo, la doctrina del Tribunal en las causas "Oliveto, Noemí Flavia y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2660/03, resolución del 11/2/2004, "Rodríguez Simón, Fabián c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3055/04, decisión del 15/5/2004, primer considerando, y "Asociación Argentina de Compañías de Seguros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2953/04, resolución del 12/4/2004, mi voto, primer considerando).

5. Finalmente, comparto los argumentos expuestos por mi colega, el Dr. Luis F. Lozano, en el sentido de que el convenio aprobado por la ley formal impugnada no puede considerarse una norma local emanada de "las autoridades de la Ciudad", exigencia que dimana del art. 113, inc. 2º, CCBA, y del art. 17 de la ley 402.

Por las consideraciones que anteceden, estimo que la acción deducida resulta formalmente inadmisible.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la "Asociación Civil para la Defensa —en el Ámbito Federal e Internacional— de Derechos" (DE.FE.IN.DER) y por la doctora Lorena Vanesa Totino (fs. 12/23).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

V

"GULLCO, HERNÁN VÍCTOR C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Caso constitucional. Dec. 890/01. Posterior sanción de la Ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires. Procedimiento específico de contratación de publicidad oficial. Necesidad de acreditar la vigencia de los vicios de la norma reglamentaria. Libertad de expresión. Contratación directa de publicidad por razones de urgencia, especialidad o exclusividad. Derecho común. Posibilidad de recurrir a través del procedimiento ordinario.

Expte. nº 4929/06 - 14/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El actor promueve demanda de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402 (fs. 1/22), a fin de que se declare la inconstitucionalidad del dec. 890/01 del ejecutivo local, "por ser contrario a la libre expresión (arts. 14 y 32 de la C.N., 13 de la CADH y 12.2 de la CCBA) y al principio de legalidad (arts. 14, 19 y 28 de la C.N., 30 de la CADH y arts. 80, inc. 2º — letras "a", "h" e "i"— y 10; 84; 102 y 103 de la CCBA) (fs. 1; 9 y 19).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, ley 402, no obstante lo cual considero que la acción intentada debe ser declarada inadmisible por las razones que seguidamente expondré como fundamento de este voto.

2. En forma previa a tratar el escrito de demanda resulta necesario destacar que, con posterioridad al inicio de la presente acción, fue publicada la ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad (*Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires*, de fecha 2/11/2006), sancionada por la Legislatura local. En función de ello se requirió al actor que manifestara si mantenía el interés en la acción intentada y, en caso positivo, si lo estimara apropiado, readecuara su pretensión de conformidad con las nuevas disposiciones incluidas en la mencionada ley.

Al contestar el requerimiento, el accionante manifestó que mantenía la acción de inconstitucionalidad oportunamente promovida, con sustento en que "la ley 2095, al igual que la anterior, tampoco regula el procedimiento específico de contratación de publicidad oficial", y que "la citada regulación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, sigue regida exclusivamente por el dec. 890/01, dictado por el Jefe de Gobierno local".

En suma, el actor, pese a habérsele brindado la oportunidad para adecuar y concretar su pretensión, adaptándola a la normativa ahora vigente y vinculando específicamente los agravios constitucionales invocados con la actual Ley de Compras y Contrataciones, no lo hizo y se limitó a reiterar —mediante una mera enunciación dogmática— los aspectos que considera objetables en relación con la regulación de la publicidad oficial en la Ciudad.

3. La declaración de admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración

del Tribunal contenga un debate constitucional fundado con seriedad en el sistema de normas —federales y locales— que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad (conf. mis votos en "Gabas, Alberto c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3077/04, resolución del 16/6/2004 y en "Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4681/06, resolución del 26/6/2006, entre otros).

En esa inteligencia, el debate sujeto a examen requería la carga inexcusable de desarrollar los agravios que motivan la pretendida declaración de inconstitucionalidad, brindando —para sustentarlos—, argumentos constitucionales serios y sólidos, tal como lo requiere un planteo intentado en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA.

Por lo demás, habiéndose establecido, a partir de la sanción de la ley 2095, un nuevo régimen general en materia de contrataciones, el actor debió demostrar los motivos por los cuales considera que la norma impugnada *in totum* por medio de esta acción —dec. regl. 890/01— no ha resultado abarcada por el mencionado régimen general, encontrándose, por lo tanto, vigente. En otras palabras, el actor, para aportar seriedad a su planteo, debió analizar por qué considera que el decreto cuestionado mantiene efectos jurídicos reglamentarios de la norma sustantiva dictada con fecha posterior y; además, evaluar el mérito de su alcance, y fundar de manera adecuada, de acuerdo a la doctrina citada arriba, si los vicios argüidos en la demanda —violentar el principio de reserva legal o el derecho de libre expresión—, mantienen actualidad. Esta carga formal no ha sido suficientemente realizada y, por tanto, resta sustentabilidad a su planteo.

En el mismo sentido, y estimo que no es una cuestión menor, el actor soslayó considerar apropiadamente que la cláusula tercera de la ley 70, citada por él en el punto 2. "Antecedentes", alude expresamente que "*(h)asta tanto no se sancione una ley que regule el sistema de contrataciones del Estado* y que organice la administración de sus bienes, continuará rigiendo la normativa vigente a la fecha de la sanción de esta ley". Con similar sentido el decreto aquí controvertido evoca en la parte pertinente de sus considerandos que "(...) en atención a lo expuesto, resulta conveniente y necesario, *con sustento en la legislación vigente y hasta tanto la Legislatura local sancione la Ley de Contrataciones*, emitir la reglamentación" (la bastardilla me pertenece). Como se aprecia, el interesado no se pudo desinteresar jamás de abordar la vigencia y validez de las normas que integran, como conjunto, el bloque de juridicidad en materia de contrataciones del sector público local, en particular del dictado de la ley 2095 y su vinculación con el decreto reglamentario aquí cuestionado, porque —como recién se aludió— la sanción de una ley propia en materia

de contrataciones del estado local fue considerada como antecedente para el nacimiento y extinción de la norma aquí objetada, como así también de la aplicación de la regulación nacional vigente por entonces en la Ciudad.

Más aún, ninguna consideración fundada ha efectuado la actora a partir de que la ley nueva ley sustantiva regula en general las contrataciones del sector público y en particular las contrataciones directas (art. 28) y las menores (art. 38), limitándose a sostener su reproche constitucional genérico en orden al dec. regl. 890/01. Debe tenerse en cuenta que, en principio, las contrataciones de publicidad o material publicitario hasta la suma de pesos veinte mil ($ 20.000) a que se refiere el dec. 890/01 cuestionado, resultarían comprendidas en lo que la nueva ley califica como "contrataciones menores" (art. 38 cit.), es decir, contrataciones directas cuyo monto no supere el equivalente a los pesos treinta mil ($ 30.000) en los términos del mencionado artículo y de la cláusula transitoria tercera de la ley 2095, para las cuáles el procedimiento de contratación directa no podrá apartarse —por ejemplo— de los principios establecidos en el art. 7º de la ley, ni emplearse en un número mayor a dos mensuales, ni superar las doce (12) en el año por cada Unidad Operativa de Adquisiciones (art. 38 aludido).

Nada de todo esto ha sido motivo de la más mínima consideración por parte de la actora a los fines de demostrar que el decreto cuestionado mantiene vigencia ante el dictado de la reciente normativa local sustantiva y por ello la presentación efectuada, integrada con la contestación efectuada a fs. 36, no pasa de constituir una mera opinión o aserción del actor que no resulta suficiente para habilitar un debate constitucional como el que propone establecer el art. 113, inc. 2º, CCBA.

4. Con respecto al agravio relacionado con el derecho de libre expresión, creo conveniente señalar que el planteo intentado carece de la razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza por la que se puede llegar a abrogar una norma de carácter general, pues sólo se limita a pronosticar con meras generalizaciones la eventual posibilidad de una autocensura de los cocontratantes del estado, atribuyéndola conjeturalmente a "diversas formas de censura indirecta", también llamadas "blandas" o "suaves", que podría protagonizar la administración activa al momento de contratar o de no contratar con aquellos —ver fs. 14 vta.— (ver en este sentido y *mutatis mutandi*, mis votos en "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4884/06, resolución del 1º/11/2006"; "Fundación Ambiente y Recursos Naturales [FARN] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3975/05, resolución del 14/9/2005 y "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3725/04, resolución del 16/3/2005).

Así pues el interesado sostiene, a modo de ejemplo, que: "(...) la selectividad discrecional en la colocación de la publicidad, crea el peligro de la autocensura" (fs. 15 vta.); tanto "la asignación positiva como la negativa pueden constituir una violación de la libre expresión" (fs. 15 vta.); las "asignaciones positivas pueden distorsionar artificialmente un debate público al inducir a apoyar las opiniones del gobierno a quienes en otras circunstancias hubieran adoptado una posición contraria (o hubieran optado por no expresarse del todo)" —fs. 15 vta./16—; la "utilización del poder del estado para imponer criterios de restricción puede ser empleado como mecanismo encubiertos de censura a la información que se considere crítica a las autoridades" (fs. 16 vta.), entre otras.

En rigor de verdad, estimo que de configurarse tal reprochable manipulación de la publicidad oficial por parte del Gobierno, ello constituiría una desviación de poder y, como vicio en la finalidad del acto bilateral en los términos del art. 13, ley 2095 y art. 7º, dec. 1510, exigiría tramitar un caso, causa o controversia, porque el fundamento aquí esgrimido, como se advierte, además de conjetural, se relaciona con conflictos subjetivos sujetos inexorablemente a comprobación particular (conf. mi voto en "Asociación Gremial de Psiquiatras de la Capital Federal y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3245/04, resolución del 20/10/2004).

Avala lo expuesto la jurisprudencia internacional y local citada por el propio actor que se refiere excluyentemente a casos contenciosos donde se verificaron los vicios aducidos (ver fs. 17 caso "Radio Nanduti" fallado por la Comisión Interamericana; caso "Ushodaya Publications" de "un tribunal superior "de la India [fs. 17 vta.]; caso "El Día v. Rosello", de "un Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos" [fs. 17 vta."]; y la causa Emisiones Platenses S.A. s/acción de amparo", *Fallos*, 320:1197, de nuestro alto Tribunal.

Por todo lo expuesto, voto por declarar la inadmisibilidad de la acción planteada a fs. 1/21 y 36 y vta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Estimo, como la señora jueza de trámite, Ana María Conde, que la acción es inadmisible, puesto que no ha tornado ostensible la existencia de un problema constitucional. Como se verá, sólo podemos estimar que queda pendiente la resolución del debate intentado, por interpretación, únicamente en un caso concreto.

2. Originariamente, la demanda impugnaba el dec. 890-GCABA/01 (fs. 1) y su Anexo (fs. 3 vta./4 vta.), por dos razones en las que el actor fundaba la inconstitucionalidad de todo el articulado.

Considero conveniente, por razones de método tanto como de mérito, invertir el orden de exposición de aquéllas. Sostendré entonces, en primer lugar, la ininteligibilidad de afirmar que una regla que regula la compra de publicidad por parte del Estado lesiona, sin más, la libertad de expresión de los ciudadanos, esto es, la libertad de expresar sus ideas por medio de la prensa (arts. 14 y 32, C.N., 13 de la CADH y 12.2 de la CCBA). Debido a ello, la demanda, originariamente, no ha fundado debate constitucional alguno en torno al derecho ciudadano titulado como *libertad de expresión*.

3. En segundo lugar, la demanda sólo era medianamente comprensible en tanto sostenía —de un modo desafortunadamente elíptico— la *falta de competencia constitucional* del Poder Ejecutivo local para reglamentar un derecho constitucional eventual, o para reglamentar una ley cuyo origen era nacional (Congreso de la Nación, ley 14.467, que establece el régimen de contrataciones del Estado). Este aparente vicio del dec. 890/01, impugnado *in totum*, es llamado por el actor "lesión al principio de legalidad" (ver especialmente fs. 4 vta./9 vta.). Más allá de las discrepancias que pueda haber sobre el nombre y sobre la cláusula constitucional invocada, aun esa demanda originaria exhibía el siguiente problema: ella no ligaba a la falta de competencia un claro derecho constitucional reglamentado por la disposición injusta.

4. Como, con más o menos argumentaciones, también lo destaca mi colega, la señora jueza Conde (ver punto 2 de su voto), hoy ni siquiera resulta posible afirmar esta apariencia, pues la Legislatura de la Ciudad, en ejercicio de su propia competencia, según lo consiente el actor, ha reglamentado las compras y contrataciones del Estado local por vía de la ley 2095, sancionada el 21 de septiembre y publicada el 2/11/2006 en el *Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires*, ley que, por lo demás, no parece ser atacada por el actor por presuntos defectos constitucionales.

5. Aparentemente, lo único que sobrevive a la presentación originaria del actor, según el escrito aclaratorio que se le requirió al conocer la nueva ley (nuevo hecho), reside en el interés por conocer si, a partir de la sanción de la ley 2095, cabe reputar derogado o no vigente el reglamento impugnado (dec. 890/01). Resulta claro de esta explicación que el debate se centra ahora tan sólo en el derecho común (infraconstitucional), en razón de lo cual la cuestión examinada cae fuera de la competencia del Tribunal y del procedimiento intentado. Por lo demás, si el decreto reglamentario cuestionado está o no está vigente es una cuestión que, expuesto un interés efectivamente lesionado por su aplicación, debe ser dilucidada por los procedimientos ordinarios y los tribunales de mérito, y en modo

alguno por el TSJ a través del mecanismo de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Por las consideraciones que anteceden, voto por declarar inadmisible la acción intentada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El actor promueve acción de inconstitucionalidad contra el dec. 890/01, el cual tiene por objeto reglamentar las contrataciones de publicidad y de material publicitario por montos menores a pesos veinte mil "hasta tanto la Legislatura local sancione la Ley de Contrataciones", según surge de los considerandos de la norma en cuestión.

Dado que el 2/11/2006 fue publicada en el *B.O.* la Ley de Contrataciones a la que refiere el considerando citado, estimo improcedente la apertura de la acción.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Las normas que regulan temas de alto impacto general y, como dato central, tienen una pluralidad de destinatarios muestran aptitud mínima o inicial para transitar el proceso creado por el art. 113, inc. 2º, CCBA (conf. mi voto en "Bandieri, Luis María y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" expte. nº 4795/06 y su acumulado "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4796/06, resolución del 1º/11/2006 y "Cáttedra, Ricardo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3570/04, resolución del 2/3/2005). En alguna oportunidad, señalé a las cuestiones urbanísticas como contenido propicio para la ADI (conf. mi voto en "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3417/04, resolución del 22/12/2004"). Ahora, hago lo propio en relación con el juicio constitucional orientado a decidir bajo qué pautas de tal rango cabe juzgar la validez del régimen de contratación de publicidad oficial, herramienta que utiliza el estado para servirse de los medios de comunicación a fin de difundir información. La demanda de fs. 1/22 propone entonces, a mi criterio, un debate constitucional relativo a un tópico incluido entre aquellos que se acomodan a las características de la acción declarativa de inconstitucionalidad porque involucra el modo en que los ciudadanos acceden a la información. En supuestos tales, incluso en el sistema difuso, los jueces han encontrado razones para admitir una legitimación expandida bajo la cual la validez de la ley puede quedar desafiada por quien formula una declaración no protegida por la constitución si demuestra que además de afectar la suya, la ley vulnera supuestos protegidos (libertad para expresar

ideas políticas, por ej.).[1] En el sistema de control constitucional local cabe aprovechar el control abstracto para buscar tutela adecuada y despejar la cuestión constitucional antes de que llegue a los estrados judiciales la controversia concreta.

Empero, aunque la cuestión reúna la condición reseñada y ostente indudable impacto general e incluso centre la atención en un problema de existencia cierta, la admisibilidad de la demanda debe atender a las objeciones concretamente formuladas por el accionante.

2. El actor pidió la declaración de inconstitucionalidad del dec. 890/01 por ser contrario al derecho a la libre expresión y al principio de legalidad, objeciones que mantuvo contra la validez de la ley 2095, porque tampoco ella regula, para la contratación de publicidad oficial, un procedimiento específicamente apto para evitar la maniobra acerca de la que advierte la demanda (fs. 1 y 36).

Imputa al decreto citado lesión del principio de legalidad porque "las decisiones de los poderes públicos que pueden afectar el ejercicio de derechos fundamentales —como ocurre en el caso— deben estar fundadas en una declaración expresa del Parlamento" (fs. 5 vta.). Por otro lado, señala que "[e]n situaciones marcadas por una alta proporción de publicidad oficial comparada con la proveniente de empresas privadas, una amplia —en algunos casos total— discrecionalidad de un funcionario con facultades centralizadas y dependiente del Jefe del Poder Ejecutivo, y de una casi completa falta de controles externos (parlamentarios o de otro tipo), las posibilidades de censura indirecta por medio de la asignación o retiro de la publicidad oficial son máximas" (fs. 14 vta.), circunstancia que posibilita maniobras que afectan la libertad de expresión .

El actor postula que debe existir una regulación especial en materia de contratación de publicidad oficial "prevista en forma detallada por una ley emanada del poder legislativo" porque su omisión permite la adopción de "decisiones discrecionales, arbitrarias y unilaterales adoptadas por el poder ejecutivo" dirigidas a manipular "la concesión o retiro por parte del poder ejecutivo de la publicidad oficial con el objeto de 'premiar' o 'castigar' a los medios de prensa", y ello, a su vez, genera una "restricción ilegítima al derecho a la libre expresión" (fs. 18 vta.).

3. La demanda ilustra convincentemente acerca de la capacidad de influir sobre los contenidos de los mensajes periodísticos (los no publici-

[1] Sobre la doctrina norteamericana del "overbreadth" y su impacto en materia de legitimación, véase "Cantwell v. Connecticut", 310 US 296; "Kunz v. New Cork", 340 US 290 y "NAACP v. Button", 371 US 415.

tarios) que adquiere un contratante de publicidad (en verdad, público o privado) cuando la contratación de una parte significativa de las ventas de un medio de difusión masivo queda sujeta a su libre albedrío. En este orden de ideas, tanto en el régimen previsto por la ley 2095, como en el que regula el dec. 890/01, algunos de los contratos de publicidad que celebra el GCBA (los que no superen montos considerados menores por la normativa) podrían quedar sujetos al mecanismo de selección directa por razones de urgencia, especialidad o exclusividad. El actor no plantea la inconstitucionalidad de esa modalidad de contratación. Antes bien, sus argumentos cuestionan que la administración otorgue o retire publicidad oficial para premiar o castigar a los medios de prensa que divulguen contenidos, según el caso, favorables o desfavorables a sus intereses. La utilización de una práctica de esa especie por parte de la Administración, ciertamente, no deriva directamente de la normativa aludida, aun cuando tampoco sea evitada por ella, que atiende a otros fines cuya legitimidad no está cuestionada. En realidad, la maniobra cuya posibilidad persigue evitar provendría, en todo caso, de su incumplimiento, o si se quiere de un cumplimiento desvío de poder mediante, porque el carácter directo de la contratación no se fundaría, por ejemplo, en la urgencia real sino en la búsqueda de obtener mayor libertad de selección y emplearla para imponer algún control sobre los contenidos de la información difundida por los medios de prensa seleccionados, a fin de acomodarlos a las apetencias del Gobierno.

4. Precisamente, si el eje del planteo en la demanda pasara por demostrar el conflicto entre las cláusulas constitucionales que invoca y la normativa impugnada, el actor habría debido mostrar, por ejemplo, cómo la existencia de un padrón de proveedores redundaría en perjuicio de la libertad de prensa (conf. dec. 890/01). En otras palabras, habría resultado imprescindible exhibir la incompatibilidad entre las normas impugnadas y las garantías supuestamente lesionadas.

Toda vez que los cuestionamientos se dirigen contra una práctica atribuida a la administración, originada en una desinterpretación que ella haría de la ley —acerca de cuya efectiva ocurrencia no existe aporte probatorio— no hay suficientes razones para admitir el cauce procesal previsto por el art. 113, inc. 2º, CCBA, destinado a depurar el ordenamiento jurídico de normas generales inconstitucionales. El control constitucional con efectos *erga omnes* no muestra aptitud para solucionar cualquier problema —por real que sea— nacido de comportamientos ilegítimos de la administración. Ante los efectos particulares que ellos normalmente provocan, podrá buscarse tutela en los procesos que el legislador creó re-

glamentando la competencia que el art. 106, CCBA atribuye a los jueces. Así las cosas, el menoscabo de las garantías constitucionales invocadas en la demanda no suscita la intervención de este estrado ni torna necesario formular mayores consideraciones a su respecto.

Por las razones dadas corresponde declarar que la demanda de fs. 1/22 y 36 es formalmente inadmisible.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Entiendo que la acción declarativa de inconstitucionalidad resulta inadmisible por insuficiencia de fundamentación.

En primer término, porque la actora no logra demostrar acabadamente la vigencia del decreto local impugnado, presupuesto que permitiría a este estrado, llegado el caso, expulsarlo fuera del ordenamiento, tal cual lo señala con meridiano acierto mi colega doctora Ana María Conde en los puntos 1 a 3 de su voto.

A mayor abundamiento, tampoco se ha acreditado solventemente que el reenvío recepticio de la normativa nacional, que en aquel plano ha sido reemplazada (conf. art. 38, dec. 1023/01), en cuanto pudiera haber adquirido el carácter de legislación local, no pueda ser objeto de reglamentación por el Jefe de Gobierno de esta jurisdicción política y, mucho menos, la vinculación del régimen procedimental de contrataciones que se impugna con la libertad de expresión de los ciudadanos, tal cual lo resalta con severa justeza en su voto el doctor Julio B. J. Maier.

Por las razones expuestas, haciendo propios los puntuales fundamentos de mis colegas a que me he referido y a los cuales remito, me pronuncio por declarar formalmente inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por el Sr. Hernán Víctor Gullco (fs. 1/22 y 36 y vta), contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* se registre, notifique y archive.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

VI

"URBANO, ANTONIO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad formal. Requisitos. Identificación precisa de la norma de alcance general. Mención del precepto constitucional presuntamente afectado. Conexión entre la norma de alcance general y las cláusulas constitucionales y las razones en que se sustenta la tacha de inconstitucionalidad. Art. 2º, inc. b) de la ley 1075. Subsidio mensual a los ex Combatientes Héroes de la Guerra de las Islas Malvinas, Georgias, Sándwich e Islas del Atlántico Sur. Exclusión del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que perciben haber de retiro. Tratamiento discriminatorio.

Expte. nº 4973/06 - 14/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Antonio Urbano promueve la acción prevista en los arts. 113 inc. 2º, CCBA, y 17 de la ley 402, con el objeto de que se "declare la inconstitucionalidad y la pérdida de vigencia del art. 2º, inc. b) de la ley 1075 (...) por ser el mismo contrario al art. 16 de la C.N. y arts. 10 y 11 de la CCBA" (fs. 8/11 vta.).

El actor afirma que la ley otorga un subsidio mensual y vitalicio a los Ex Combatientes héroes de la Guerra de las Islas Malvinas, Georgias, Sándwich e Islas del Atlántico Sur, y que la norma particularmente impugnada es inconstitucional porque no incluye entre los beneficiarios "al Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que perciben un haber de retiro...". Estima que de esa manera, el precepto consagra un tratamiento discriminatorio en perjuicio de "los porteños veteranos militares que perciben un haber de retiro" (fs. 10 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda (art. 18, inc. 1º, ley 402) y la disposición cuestionada es una norma general emanada de las autoridades de la Ciudad (art. 17, ley 402).

No obstante ello, la demanda debe ser declarada inadmisible porque no satisface adecuadamente todos los requisitos esenciales previstos en el art. 19 de la ley de rito.

2. En reiteradas ocasiones el Tribunal ha explicado que las impugnaciones que se realizan por la vía de la acción contemplada en el art. 113 inc. 2º de la CCBA deben cumplir ciertos requisitos básicos. Concretamente, el accionante debe: *a)* identificar de manera precisa la norma de alcance general que se considera inválida; *b)* mencionar el precepto constitucional presuntamente afectado por la vigencia de la norma que se objeta; y *c)* explicar claramente la conexión entre las normas de alcance general objeto de tacha y las cláusulas constitucionales invocadas y las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (doctrina de los fallos dictados *in re*: "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss.; "Bustelo, María Cecilia c/GCBA —Secretaría de Educación— s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1328/01, resolución del 20/2/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 43 y ss.; entre otros).

En el caso, si bien la actora ha cumplido con las exigencias estipuladas en los puntos a) y b) del párrafo precedente, pues ha identificado el precepto que cuestiona y también las normas constitucionales que dice vulneradas, no ha satisfecho adecuadamente el tercer requisito, como seguidamente quedará expuesto.

El art. 2º de la ley 1075 establece que serán beneficiarios del subsidio mensual y vitalicio que crea el art. 1º "los Ex Combatientes héroes de la Guerra de Malvinas, Georgias, Sándwich e Islas del Atlántico Sur que acrediten alguna de las siguientes condiciones: *a)* Haber integrado las Fuerzas Armadas y de Seguridad en calidad de soldados conscriptos; *b)* Ser personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y encontrarse en situación de retiro sin haberes o baja voluntaria; *c)* Civiles que, cumpliendo funciones de servicio o de apoyo a las Fuerzas Armadas y de Seguridad, se encontraban en los lugares en los que se desarrollaron las acciones bélicas entre las fechas citadas en el art. 1º".

Del escrito de demanda se advierte que el actor circunscribe su impugnación constitucional al art. 2º, inc. b) de la norma en cuestión. Afirma que "(d)e la lectura del artículo antes mencionado, se advierte que el mismo resulta discriminatorio en cuanto distingue, a los fines del otorgamiento del beneficio, al Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuer-

zas Armadas y de Seguridad que perciben un haber de retiro, de aquellos veteranos de guerra que no lo perciben o bien de aquellos que puedan percibir otros ingresos y/o jubilaciones de distinto tipo y/u origen y/o actividad ya sea pública o privada" (fs. 8 vta.).

Agrega que la norma "debería asegurar a todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que fehacientemente hayan acreditado su condición de Ex Combatientes, Héroes de la guerra de Malvinas, el disfrute de los beneficios acordados por la ley 1075, sin que nadie pueda darles un tratamiento diferenciado, como en el caso que nos ocupa, ser militar retirado con haberes..." (fs. 8 vta.).

Añade que "(s)iendo que el dictado de la ley mencionada resulta ser un merecido reconocimiento al valor y a la entrega de hombres y mujeres que ofrecieron sus vidas en el conflicto bélico de Malvinas, en defensa de la soberanía nacional y de la Constitución de la Nación Argentina... no existen razones suficientes que permitan obstaculizar la concesión del beneficio, fundadas únicamente en el hecho de contar con un haber de retiro (8 vta.)".

Más allá de todas estas afirmaciones que ilustran acerca de su descontento con la norma legal que cuestiona y que denotan, en su parecer, como debería haber sido legislada la materia, no hay un desarrollo de razones y argumentos que permitan tener por suficientemente articulado un planteo de inconstitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, y del art. 19, inc. 2º, ley 402.

En otras palabras, la presentación no satisface cabalmente la carga de explicar la vinculación directa entre la norma que impugna y los principios y derechos constitucionales contenidos en las normas constitucionales que identifica. Ello así porque el actor se limita a subrayar que existe una distinción entre el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas y de seguridad según perciban o no perciban haber de retiro, sin adentrarse en un segundo plano de análisis relativo a los alcances e implicancias de la norma cuestionada en concreta relación con el art. 16 de la C.N. y el art. 11 del plexo normativo fundamental local (respectivamente, igualdad ante la ley y prohibición de la segregación legal). Ningún intento —siquiera— hay en orden a articular la presunta violación del principio de igualdad ante la ley en el marco de la reiterada doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación acerca de su alcance, y tampoco a establecer la vinculación del trato diferencial que impugna con alguna de las categorías sospechosas que nutre el mencionado art. 11 del estatuto porteño, y no deben ser "los jueces, sino la actora, la que proponga el conflicto internormativo traído a decisión y las razones que habilitan su presentación" (conf. mi voto *in re*: "Federación de Cámaras de Lavaderos

de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)", expte. nº 3937/05, resolución del 15/6/2005).

Con idéntico alcance expresé al votar en la causa citada que "(n)o es suficiente para fundamentar esta clase de demandas hacer alusiones genéricas a preceptos de la Carta Fundamental o afirmaciones puramente valorativas de la normativa reputada inconstitucional, toda vez que lo que está en juego es la invalidación de una ley que, aún en el control difuso de constitucionalidad, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico".

Por último, cuando la actora alega que se distingue no solo a quienes perciben haber de retiro —que es lo que surge de la norma impugnada— sino también a quienes "puedan percibir otros ingresos y/o jubilaciones de distinto tipo y/u origen y/o actividad ya sea pública o privada" (fs. 8 vta.), introduce elementos que ni siquiera están previstos en el concreto precepto cuestionado, sin dar tampoco razón alguna de ello, circunstancia que contribuye a hacer más evidente la falencia argumentativa ya señalada.

3. Además, se advierte que el planteo que efectúa el accionante resulta sin duda paradójico o bien, improponible en relación a la vía elegida.

La pretensión de la parte es esbozada en el escrito de demanda cuando dice: "(p)or tal razón solicitamos a V.E. que declare la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. b), de la ley 1075, *permitiendo otorgar el subsidio mensual y vitalicio a todos los veteranos de guerra que acrediten esa condición,* y sean nativos o hayan tenido domicilio real en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin calificaciones cualitativas" (fs. 10 vta., punto III, "Conclusión"; el resaltado en negrita me pertenece). Sin embargo, la concreta petición que efectúa —y la única posible en el marco de la acción escogida— formulada tanto en el objeto (fs. 8, punto I) como en el petitorio (fs. 11 vta., punto IX), es que se declare la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. b), de la ley 1075.

Lo paradójico reside en que ello de ninguna manera produciría el efecto que, en realidad, la parte persigue. La eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada no abriría las puertas del subsidio al "personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad" que se encontrara en situación de retiro con percepción de haberes. Simplemente haría perder vigencia al precepto contenido en el art. 2º, inc. b) de la ley de mención en forma total y completa. Con lo cual todo el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, se encontrare en la situación en que se encontrara, quedaría excluido de los beneficios de la ley. En otras palabras, nada cambiaría para los actualmente exceptuados que el actor considera discriminados y, por el contrario, sí re-

sultarían eliminados del sistema los oficiales y suboficiales en situación de retiro sin percepción de haberes o baja voluntaria.

Por otro lado, si en realidad lo que pretende el accionante es el dictado de una sentencia interpretativa —ello podría colegirse de sus expresiones de fs. 9 vta., último párrafo—, el planteo es improponible en la medida de que la vía elegida no es apta para producir esa clase de resultados. Como lo he sostenido anteriormente, el Tribunal, en el marco de la competencia que le asigna el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, está habilitado para ejercer el "control concentrado de constitucionalidad" y a actuar, llegado el caso, como "legislador negativo", expurgando del orden jurídico las normas de alcance general contrarias a la Constitución Nacional o de la Ciudad, pero no como "legislador positivo" facultado para dictar una sentencia con la finalidad de lograr la igualdad en la ley por medio de la ampliación del régimen que se objeta (ver mis votos *in re*: "Barga, Lisandro Arturo y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 866/01, resolución del 26/12/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 835 y ss. y "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de Inconstitucionalidad", expte. nº 3032/04, resolución del 18/5/2005).

4. La desestimación de la presente acción no significa, claro está, que la actora no pueda insistir, a partir de un planteo que se ajuste a los recaudos procesales pertinentes, en mantener las tachas de inconstitucionalidad que detalla mediante la vía del control difuso ante los tribunales de mérito.

Por todo lo expuesto considero que la acción planteada es formalmente inadmisible.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite Dr. José O. Casás, cuyos fundamentos, que comparto, reflejan la consolidada doctrina de este Tribunal en relación con la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

2. Tal como lo pone de manifiesto el Dr. Casás, la presentación en examen exhibe —entre otras deficiencias—, una severa discordancia entre el fin perseguido por el actor y el resultado que se produciría en el orden jurídico local de prosperar la acción que se intenta, lo que denota la ineptitud de la vía seleccionada por el accionante.

Por lo demás, la razón central que se alega para fundar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada —la supuesta discriminación entre los oficiales y suboficiales ex combatientes de la guerra de Malvinas habilitados para percibir un subsidio, y los que no lo están— no aparece desarrollada ni vinculada con la afectación de un precepto o garantía constitucional, no al menos con la claridad y seriedad que una acción de esta naturaleza requiere.

Está claro que no toda distinción de origen legal constituye una discriminación, tal como lo demuestran múltiples preceptos de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el actor no ha logrado esbozar siquiera una argumentación razonable que vincule la pauta de acceso al beneficio adoptada en el inc. b) del art. 2º de la ley 1075 —la situación de retiro sin percepción de haberes o la baja voluntaria— con una distinción injusta, arbitraria, que persiga un fin hostil o de persecución, es decir, en definitiva, que se trate de una norma inválida desde el punto de vista constitucional.

Frente a la evaluación de la admisibilidad de la acción, es necesario que la presentación exhiba un planteo serio y fundado concretamente en razones constitucionales. No resulta suficiente, para dar curso a su tramitación, que el demandante invoque afectación de garantías constitucionales si su pretensión sólo se sustenta en aserciones y opiniones demostrativas de su discrepancia con los criterios políticos que la Legislatura ha valorado al legislar.

Por ello y el resto de las consideraciones efectuadas en el voto al que adhiero, corresponde declarar inadmisible la acción interpuesta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo establecido por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402. La norma que cuestiona —art. 2º, inc. b) de la ley 1075 en cuanto la mención "sin haberes" elimina a la clase de los oficiales y suboficiales retirados que los perciben— es de carácter general y emanada de las autoridades de la ciudad, tal como exige el art. 113 inc. 2º de la CCBA.

2. Considera que la referida exclusión importa desconocer una situación protegida por la garantía de igualdad (art. 16, C.N., 10 y 11, CCBA), pues la percepción de haberes como elemento discriminador importa un injustificado trato diverso entre el personal militar, así como en relación con los civiles que cumplieron funciones de apoyo en el escenario bélico, quienes pueden resultar beneficiarios del subsidio sin distinguir, entre ellos, a los que perciban jubilaciones u otros ingresos de origen público o privado (fs. 8 vta.). Sostiene que la normativa cuestionada, dentro del género

'veterano de guerra' y, para definir a los beneficiarios del subsidio, incurre en una "notoria aplicación de sectarismo discriminatorio" en virtud de la que, según el actor, "[p]areciera que la circunstancia de su goce está basada en el hecho de ser o no ser militar" (fs. 9 vta.). Bajo la tacha genérica dirigida contra el inc. b) del art. 2º, es visible que el actor, en realidad, limita su ataque al segmento de la disposición que supedita el acceso al beneficio por parte de los Oficiales o Suboficiales retirados a la condición de no percibir haberes. También, más allá del modo de exposición, en la categoría que identifica como indebidamente discriminada es sencillo imaginar, por ejemplo, al suboficial de baja graduación que pasado a retiro con haberes por perdidas graves de su condición física, ocasionada en combate en las islas, queda postergado frente al entonces militar que decidió voluntariamente obtener la baja, distinción *prima facie* no explicada.

En situaciones como la descripta, cuando "el legislador diversifica lo homogéneo (por ejemplo cuando se dan consecuencias diversificadoras a grupos o categorías personales creadas por el propio legislador), puede afirmarse que se produce una acción selectiva susceptible de control constitucional, tendente a fiscalizar si la introducción de 'factores diferenciales' o de 'elementos de diferenciación' resulta o no debidamente fundamentada en razón del fin perseguido por la norma y del criterio utilizado por el legislador (22/81, de 2 de julio; 24/81, de 14 de julio; 75/83, de 3 de agosto; 162/85; 42/86, de 10 de abril; 148/86 de 25 de noviembre; 29/87, de 6 de marzo)" [Jiménez-Blanco, Antonio (coord.): *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 63].

La objeción constitucional planteada permite formular un juicio abstracto ajeno a la situación jurídica particular que el actor pudiera titularizar como ex combatiente.

Además, en tanto la demanda individualiza la regla constitucional afectada por la normativa impugnada, podrán las partes, en la audiencia, profundizar sus argumentos en el debate público, con la participación de los jueces.

3. No se trata aquí de un importe que persiga compensar daños sufridos en acciones de guerra a cuyo respecto pudiera ser aplicada la doctrina de la CSJN según la cual los sufridos por militares son una consecuencia del servicio de defensa que no genera al estado (en el caso al nacional) mayor responsabilidad que la expresamente legislada en la normativa castrense. Por otra parte, ese Tribunal Supremo reconoce las compensaciones que el Poder Legislativo puede otorgar, y distinguió también las consecuencias atribuibles a la noción de 'estado militar' como conjunto de obligaciones y derechos específicos de los integrantes de las fuerzas armadas

que, según el caso, permite o impide acumular a las prestaciones de las normas especiales otras con fuente en disposiciones de derecho privado (v. por todo *Fallos*, 315:2207; 318:1959 y 321:3366).

4. Finalmente, toda vez que no resulta evidente que la sentencia que ponga fin a este proceso excede aquellas que puede adoptar el Tribunal en ejercicio de la competencia derivada del art. 113 inc. 2º de la CCBA, es apropiado permitir el desarrollo del debate constitucional para brindar tutela efectiva al derecho comprometido bajo los matices que admite la jurisdicción constitucional atribuida a este estrado.

Por las razones dadas corresponde, declarar formalmente admisible la acción entablada a fs. 8/11 con el alcance indicado en los puntos 1 y 2 así como ordenar el traslado de la demanda en los términos del art. 21 de la ley 402.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. La norma impugnada fue dictada por las autoridades locales y es de carácter general, por lo que se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. El inc. b) del art. 2º de la ley 1075 es cuestionada por razones de naturaleza constitucional local y nacional, dado que según el accionante ella sería violatoria de lo prescripto en el art. 16 de la C.N. y en los arts. 10 y 11 de la CCBA. Se satisface, de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. La demanda da cumplimiento también a la exigencia del art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal, ya que contiene una mención precisa de la norma que el accionante estima contraria a la Constitución local y expresa fundamentos suficientes para esta instancia procesal al sostener que el inciso cuestionado "resulta discriminatorio en cuanto distingue, a los fines del otorgamiento del beneficio, al Personal de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que perciben un haber de retiro, de aquellos veteranos que no lo perciben o bien de aquellos que puedan percibir otros otros ingresos y/ o jubilaciones de distinto tipo y/u origen y/o actividad ya sea pública o privada" (fs. 8 vta.).

Por último, en el petitorio la actora se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. b) de la ley 1075 (fs. 11 vta.).

5. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ). Co-

rresponde, por lo tanto, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. La norma impugnada (el art. 2º, inc. b] de la ley 1075) fue dictada por las autoridades locales y reviste carácter general, por lo que la presentación satisface los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. La disposición es atacada por razones de naturaleza constitucional local y nacional. De este modo, la presentación cumple otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. Asimismo, la presentación contiene la mención precisa de la norma que el accionante estima contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, los fundamentos que motivan la pretensión e indica los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados. La demanda satisface, pues, la exigencia establecida por el art. 19, inc. 2º, de la ley 402.

5. El cuanto al petitorio del accionante, examinado a la luz de su adecuación al instituto de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista por los arts. 113, inc. 2º, CCBA y el art. 17, LPTSJ, debo admitir que le asiste razón al señor juez de trámite, el Dr. José O. Casás, al señalar que el planteo referido es paradójico (punto 3 de su voto) o, a mi criterio, autofrustrante. En efecto, el Sr. Antonio Urbano solicita que el Tribunal "declare la inconstitucionalidad del art. 2º, inc. b), de la ley 1075, permitiendo otorgar el subsidio mensual y vitalicio a todos los veteranos de guerra que acrediten esa condición, y sean nativos o hayan tenido domicilio real en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin calificaciones cualitativas" (fs. 10 vta.). Sin embargo, comparto el criterio de mi colega, el Dr. Lozano, en cuanto destaca el valor que reviste hacer posible, o al menos no impedir, un debate constitucional respecto de la tutela efectiva del derecho a la igualdad (art. 16, C.N., arts. 10 y 11, CCBA), presuntamente comprometido. Bajo la hipótesis de que, al resolver la cuestión de fondo, el Tribunal estimara que la norma atacada lesiona la garantía de la igualdad, emitirá una resolución en el marco de la competencia que le otorga el art. 113, inc. 2º de la Constitución local (la declaración de inconstitucionalidad y la expulsión de la norma viciada del ordenamiento jurídico). El hecho de que el Sr. Urbano se extralimite en su petitorio, al requerir, al menos según surge *prima facie* del escrito de la demanda, una sentencia interpretativa que exigiría al TSJ erigirse en legislador positivo,

no obsta a la procedencia de la acción, pues el Tribunal acotará su sentencia de acuerdo con las potestades que le asisten en este tipo de demandas.

6. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la acción es admisible (art. 21, LPTSJ). Corresponde, por lo tanto, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por el Sr. Antonio Urbano, a fs. 8/11, contra el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Correr* traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo de (30) días, para que comparezca y la conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesaria producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

VII

"SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MARTITEGUI, EDGARDO ANÍBAL C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Daños y perjuicios. Sentencia definitiva. Resolución que rechaza la excepción de incompetencia. Sentencia equiparable a definitiva. Acreditación del perjuicio irreparable. Juez natural. Denegación del fuero federal.

Expte. nº 4861/06 - 14/2/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Edgardo Aníbal Martitegui promovió una demanda de daños y perjuicios contra Metrovías S.A., el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 147/59) y la UTE integrada por Techint Cía. Técnica Internacional SACI y Dyckerhoff & Widmann AG (ídem y fs. 160/161), que luego amplió contra Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (fs. 162, en adelante: SBASE), ante la justicia contencioso administrativa local, tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios que habría sufrido a raiz del accidente que sufrió al colisionar el ciclomotor en que se transportaba "contra una saliente de aproximadamente unos 9 cm. de altura por 60 cm. de diámetro; a causa del impacto la motocicleta perdió estabilidad y su conductor cayó pesadamente al pavimento sufriendo graves lesiones. La susodicha saliente corresponde a una rejilla de ventilación de la obra de ampliación de la Línea de Subterráneo B..." (*sic*, fs. 147 vta.). El autor atribuye responsabilidad a los demandados por su actuar "negligente e imprudente" (fs. 151 vta.) y por el riesgo de la cosa (fs. 148 vta. y ss.)

Al contestar el traslado, Metrovías S.A. planteó las excepciones de incompetencia y de falta de legitimación pasiva (fs. 111/130). La primera se basó en el art. 129 de la C.N., los arts. 5º y 8º de la ley 24.588 y el art. 43 de la ley 23.637. Sostiene que la justicia de la Ciudad es incompetente para entender en un proceso de esta naturaleza y que éste debe tramitar ante la justicia nacional en lo civil (fs. 122/127). Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 48 de la ley 7 y de los arts. 1º y 2º del CCAyT, por considerarlos contrarios a la ley 24.588, reglamentaria del art. 129, C.N. (fs. 127/128).

2. En lo que interesa a los fines de esta queja, el juez de primera instancia rechazó la excepción (fs. 104) SBASE planteó recurso de apelación contra esa sentencia (fs. 103 y 85/102). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la decisión (fs. 81/82).

3. Contra dicho pronunciamiento, SBASE interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 67/79). En el "objeto", la recurrente expresó que "están en juego la interpretación y alcance de leyes que reglamentan el art. 123 de la C.N. y el principio del juez natural" (fs. 67). Asimismo, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y tachó de arbitraria la sentencia de la Cámara, en cuanto considera que SBASE "es una autoridad administrativa tergiversando el sistema creado y mantenido normativamente por la ley 20705" (fs. 79). Consecuentemente, sostuvo que la ley 189 "no puede modificar leyes de fondo" (*ídem*) y que "SBASE no es el Estado Local".

Justificó el carácter definitivo de la sentencia recurrida en que "pretende sustraer a mi poderdante de la competencia que le corresponde conforme a la materia del litigo" (fs. 68) y en que le ocasiona un gravamen irreparable, pues, al apartarse del marco jurídico, "conculca su derecho de propiedad en cuanto a que hace lugar a la acción promovida por el accionante" (*ídem*).

El tribunal *a quo* denegó el recurso de inconstitucionalidad porque el pronunciamiento recurrido no tiene carácter de definitivo 'ni equiparable a tal', al no haberse demostrado que la sentencia le ocasione un gravamen irreparable, porque las cuestiones procesales son —en principio— ajenas a este recurso y porque no se plantean las situaciones que habilitan la consideración de la doctrina de la sentencia arbitraria (fs. 64 y vta.).

4. SBASE dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 21/39). Requerido su dictamen, el Fiscal General propuso el rechazo de la queja sobre la base de que el recurrente "no cuestiona la decisión de la Sala I de declarar inadmisible el recurso, sino que se limita a reproducir los fundamentos expuestos en sus presentaciones anteriores" y porque aquél no impugna una sentencia definitiva ni equiparable a ella (fs. 168/169 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja planteada debe ser rechazada, pues el recurso de inconstitucionalidad que pretende defender ante el Tribunal no se dirige contra una sentencia definitiva.

La recurrente expresa en sus escritos que la sentencia que rechazó la excepción de incompetencia que aquélla planteara —tendiente a que el caso sea juzgado por la justicia nacional en lo civil y no por la justicia local— permite que tal decisión sea considerada "sentencia definitiva". Sin embargo, la sentencia en crisis no reviste carácter de *definitiva*, pues no define la suerte de la pretensión de fondo. Tampoco constituye una decisión *equiparable a definitiva*. Mi opinión al respecto, ya expresada *in re* "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001, no consiente, en principio —tan siquiera para la interpretación del requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal (ley nacional 48, art. 14)—, la conocida teoría de la Corte Suprema acerca de la existencia de decisiones que no constituyen sentencia definitiva pero que, analógicamente, deben ser tenidas por tales. Con mayor contundencia aún, bien que por razones que he expuesto

múltiplemente, yo no comparto el criterio conducente a reconocer una tercera categoría en función de la idea de "equiparabilidad", sobrepuesta al binomio 'sentencia definitiva' / 'sentencia no definitiva' (ver mi voto *in re* "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, resolución del 9/11/2005, punto 2).

Mi misma opinión sólo admite una equiparación tal, cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiere que el tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica (el ejemplo de la Constitución italiana y la privación de libertad). La invocación y prueba de un precepto de tal índole no resulta expresada por el recurrente en la causa (conf. mi voto *in re* "Asoc. Civil Golf Club Lagos de Palermo", expte. nº 2778/03, sentencia del 16/6/2004).

Por lo demás, a mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48 (ver "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal'", expte. nº 1892/02, resolución del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270/03, sentencia del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma, Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314/03, sentencia del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 2330/03, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3195/04, resolución del 30/3/2005; entre múltiples otros).

2. Tampoco resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación que equipara a "sentencia definitiva" las decisiones que en las etapas iniciales de un proceso deniegan el *fuero federal*, ya que SBASE no pretende litigar ante la jurisdicción federal sino ante la *justicia ordinaria*, que en la Ciudad de Buenos Aires ejercen, hasta hoy, los denominados jueces nacionales.

3. La ausencia de sentencia definitiva no puede dejarse de lado bajo el argumento de que la cuestión involucra el principio del juez natural; en efecto, cualquiera que sea el acierto o desacierto de ese planteo, él sólo cobrará relevancia si, finalmente, la sentencia de fondo le resulta adversa.

La mención a la afectación del derecho de propiedad presenta, además, el defecto de referirse a una supuesta sentencia definitiva condenatoria ya dictada que, según las copias acompañadas por la propia recurrente, aún no habría sido pronunciada.

El carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado bajo la invocación de haberse vulnerado garantías constitucionales, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el recurso de apelación extraordinario, igualmente aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, "La invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos*, 276:366; 304:749; 304:1717; 306:1679; 312:311).

4. Por las consideraciones que anteceden, voto por el rechazo de la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, Julio B. J. Maier por los argumentos que expongo en el apartado siguiente.

2. La queja fue interpuesta oportunamente por SBASE. Sin embargo, no puede ser admitida toda vez que la recurrente no cumple con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33, segundo párrafo de la ley 402.

A fs. 64 y vta., la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad porque consideró que la sentencia recurrida —confirmatoria de la de primera instancia que, a su turno, había rechazado la excepción de incompetencia articulada— no era definitiva y que SBASE no demostró la existencia de un perjuicio irreparable que permita equiparar el decisorio a una resolución de tal naturaleza. Por fin, la Sala agregó que las cuestiones de índole procesal resultan ajenas, en principio, al remedio intentado, salvo que se expongan de forma clara razones de orden constitucional, y que, a pesar de que el escrito refiera a la arbitrariedad de la sentencia, el pronunciamiento de fs. 16/17 no puede ser descalificado como contradictorio o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

En la queja, SBASE no se hace cargo de ninguna de esas razones. Su escrito solo constituye una reedición de los planteos que expusiera en el

recurso denegado sin dedicar, siquiera un párrafo, a rebatir los motivos que diera la Cámara para apoyar su conclusión.

El defecto señalado es suficiente, a mi juicio, para fundar el rechazo de la presentación directa pues, en estas condiciones, ella no constituye técnicamente un recurso de queja, único medio que habilita al Tribunal para entender en el recurso de inconstitucionalidad denegado.

3. Por las consideraciones que anteceden, voto por rechazar la queja deducida a fs. 21/39 por SBASE.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con la solución propuesta por mi colega de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

La resolución que zanja una cuestión de competencia no es, en principio, una sentencia definitiva o equiparable a tal, pasible de recurso de inconstitucionalidad.

En el precedente "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 4412/05, sentencia interlocutoria del 11/10/2006 sostuve que "(...) las razones que justifican equiparar, excepcionalmente, una providencia interlocutoria, acerca de la competencia, a una sentencia definitiva, fincan exclusivamente en el interés en preservar la jurisdicción federal. 'Ejercer jurisdicción federal' e 'integrar el Poder Judicial de la Nación' son atributos que no asisten al mismo conjunto de jueces, desde que la ley 13.998 incorporó a los tribunales ordinarios de la Capital Federal a dicho Poder. Ello así, toda vez que no compete a buena parte de estos últimos distinta competencia material de la que está reservada a toda provincia. Tampoco existen, a este respecto, razones que se apoyen en la competencia territorial de esos tribunales o deriven de ella. Aplicadas estas nociones al *sub lite*, sería equiparable a definitiva, a los fines del recurso extraordinario, aquella hipotética decisión que denegare la jurisdicción federal. En cambio, no existen razones para efectuar esa equiparación, cuando la alternativa a la local es, como en el caso, la nacional (justicia nacional en lo Civil), requisito que no puede ser suplido mediante la tacha de arbitrariedad (conf. *Fallos*, 304:1717; 305:1159; 306:244, entre muchos)".

Por estas razones, voto por rechazar la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Coincido con la solución que propician mis colegas preopinantes, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por SBASE que esta queja sostiene no se dirige contra una *sentencia definitiva* o *equipa-*

rable a tal [conf. este Tribunal, *in re*: "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", nº 4412/05, sentencia del 5/7/2006; y "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)", expte. nº 4591/06, decisión del 30/8/2006].

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de hecho deducido por SBASE.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Comparto la solución propuesta por el señor juez de trámite Dr. Julio B. J. Maier. Tal como lo destaca acertadamente en su voto el vocal preopinante, y como lo ponen asimismo de manifiesto los restantes colegas, la resolución cuyo cuestionamiento motiva la presente queja no constituye una sentencia definitiva, ni resulta equiparable a tal según lo ha establecido este Tribunal, particularmente en los autos Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", nº 4412/05, sentencia del 5/7/2006; y "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)", expte. nº 4591/06, resolución del 30/8/2006, a cuyos fundamentos me remito y doy por reproducidos en lo pertinente.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado planteado por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado a fs. 21/39.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita la queja para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

VIII

"VALENTE, MARÍA DEL CARMEN Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Caso constitucional. Docente. Salario. Adicional. Rubro antigüedad. Conceptos no remunerativos. Art. 43, CCBA. Principio *in dubio pro operario*. Principios del Derecho del Trabajo. Estatuto docente. Interpretación de normas infraconstitucionales. Regularización previsional. *Reformatio in peuis*. Principio de congruencia. Pronunciamiento *extra petitia*. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4872/06 - 14/2/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. María del Carmen Valente, María Rachele, Gabriela Mónica Villalba, María Teresa Garrido, María Cecilia Fernanda Lazo, Susana Beatriz Gómez, Marcela Alejandra Lento, Vivian Andrea Bermioli, Leonor Graciela Vázquez, Miryan Hedith Oreja Cataldi, Lilia Ester López, Inés Guillermina Vignali, Viviana Laura Serrano, Irene Rosalía Amido, Alba Nélida Bonelli, María Marta Rossi, Alicia Noemí Levy, Marta Serradell, Susana Raquel Levy, Estela Noemí Angelucci e Iris Gloria Salamendi, docentes dependientes de la Secretaría de Educación demandaron al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que se incorporen dentro del rubro "sueldo" los códigos 020 "Adicional salarial docente", 094 "Suma fija no remunerativa", 096 "Fondo Educativo" y 206 "Suma remunerativa no bonificable Dto. 1442/98". También solicitaron que los suplementos sean declarados bonificables por antigüedad y que se les abonen las diferencias correspondientes en concepto de aguinaldo y antigüedad. Afirmaron que el Estado evadió las obligaciones que como empleador le correspondían al no realizar los aportes y contribuciones correspondientes al sistema previsional (fs. 1/7 vta.).

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda (fs. 107/110 vta.). Declaró la nulidad de los decs. 4937/91 y 5787/91 en cuanto disponen el carácter no remunerativo de las asignaciones denominadas "fondo educativo" y "suma fija no remunerativa", y de los decs. 4748/90 y 1442/98

en cuanto establecen el carácter no bonificable de las asignaciones denominadas "adicional salarial docente" y "suma fija remunerativa no bonificable"; y dispuso que los suplementos debían: *a)* ser considerados remunerativos a todos los efectos previsionales, *b)* incluirse en la base del cálculo para determinar el sueldo anual complementario y *c)* ser considerados bonificables a los efectos del cálculo del adicional por antigüedad docente. También reconoció el derecho de las actoras a percibir las diferencias reclamadas.

2. La Procuración General apeló la sentencia (fs. 112) y expresó agravios (fs. 121/133 vta.) que fueron contestados por las actoras (fs. 137/144 vta.).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dispuso: "*1)* Confirmar parcialmente la sentencia apelada. *2)* Hacer lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto en los términos expuestos en el considerando XII y XIII del voto del Dr. Centanaro. *3)* Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 62, 2º párr., CCAyT)..." (fs. 150/155). En dichos párrafos del voto del juez Centanaro se decidieron cuestiones que no fueron objetadas por medio del recurso de inconstitucionalidad que motiva la intervención del Tribunal.

3. La parte actora interpuso recurso de aclaratoria, revocatoria e inconstitucionalidad en subsidio contra la modificación de la imposición de costas por la primera instancia (fs. 176 y su anterior sin numerar), que fueron rechazados por la alzada (fs. 180 y vta.).

La Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 161/174) contra la sentencia de Cámara, por considerar que la sentencia es arbitraria y lesiona principios constitucionales. Se agravia contra el fallo porque:

a) La alzada confirmó la declaración de la nulidad de los decs. 4937/91 y 5787/91 en cuanto asignaron carácter no remunerativo a los adicionales, mediante la interpretación del art. 118 del Estatuto Docente en un sentido frontalmente contrario al que surge de sus términos literales, y a la evidente voluntad legislativa de delegar en el órgano de gobierno la creación y reglamentación de "las restantes retribuciones" que correspondan.

b) La declaración de nulidad de los decs. 4748/90 y 1442/98 en cuanto establecen el carácter "no bonificable" de algunos suplementos de la retribución, supuso la necesidad de integrar una laguna normativa que no es tal en el Estatuto del Docente. En él el legislador distinguió los adicionales de la asignación por cargo, y ha-

bilitó para aquellos un tratamiento jurídico distinto al de las demás retribuciones. La única base normativamente impuesta para el cálculo de la antigüedad es la asignación por cargo, no así los restantes conceptos que son contingentes y podrían no existir ya que se fundan en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, apoyadas en su factibilidad económico-financiera y no en el principio *favor operario*. La demandada también afirma que la sentencia suplanta la voluntad de la Administración y regula los salarios del personal docente, en trasgresión al texto legal que habilita a los órganos administrativo y legislativo para crear adicionales con modalidades particulares; lo cual constituye una violación al principio de división de poderes.

La parte actora contestó el traslado y solicitó su rechazo (fs. 193/200).

La Cámara concedió parcialmente el recurso con invocación del precedente "Ruiz, María Antonieta c/GCBA" de este Tribunal, y lo rechazó por la causal de arbitrariedad (fs. 206 y vta.).

4. El señor Fiscal General Adjunto propicia que el Tribunal declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad (fs. 213/215).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El presente caso resulta sustancialmente análogo al resuelto por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 3565/04, sentencia del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 4075/05, sentencia del 14/12/2005; y "GCBA s/queja por recurso de

inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4304/05, sentencia del 31/5/2006.

2. Por los argumentos brindados por la CSJN en la causa "S.R.L. Bartos y Cía. Empresa Constructora v. A. G. de Obras Sanitarias de la Nación" (*Fallos*, 301:1194), sentencia del 20/12/1979 —así como en *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre otros—, aplicables a la situación de autos, corresponde señalar que, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad concedido en forma parcial por la Cámara, la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida a aquellos agravios constitucionales por los que se admitió la apelación y, en consecuencia, integra el ámbito de revisión que el recurso propone a este Tribunal.

3. Sobre la base de lo expresado por mí en los precedentes mencionados y a la doctrina expuesta en sus fundamentos, a los que me remito por razones de brevedad, considero que:

a) la demandada, el GCBA, no logra esbozar un verdadero caso constitucional referido a la supuesta violación al principio de división de poderes, generada por la decisión de la Cámara que atribuyó carácter remunerativo a los suplementos consignados por los actores en la demanda;

b) en lo que respecta a los agravios relativos al reconocimiento del carácter bonificable de los decs. 4748/90 y 1442/98 y a la declaración del carácter bonificable por antigüedad del adicional establecido en ellos, considero que resultan aplicables al caso los argumentos desarrollados por este Tribunal en la causa "Ruiz" ya citada en el punto 1 del presente, a los cuales me remito.

4. Por lo expresado en los puntos anteriores voto por:

a) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

b) revocar el punto 1.a) de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia (fs. 110 vta.), confirmada por la alzada (fs. 150/155 vta.) en lo atinente a la declaración de nulidad de los decs. 4748/90 y 1442/98 —en cuanto ellos disponen el carácter no bonificable de las asignaciones denominadas 'adicional salarial docente' y 'suma fija remunerativa no bonificable'" (considerando XV. punto 2, fs. 110)— y rechazar la demanda en este punto;

c) modificar el punto 1.b) de la parte dispositiva de la sentencia en cuestión, en cuanto en ella se ordena al Gobierno liquidar y abonar a las actoras sus salarios futuros conforme lo establece el considerando XV, puntos 3 a 5, dejando sin efecto el carácter "boni-

ficable" asignado por el *a quo* a los adicionales establecidos en los decs. 4748/90 y 1442/98;

d) modificar el punto 1.c) de la parte dispositiva de la sentencia en cuestión —en cuanto en ella se ordena que el Gobierno ajuste la liquidación de las sumas adeudadas a lo dispuesto en el considerando XV, punto 7— en el sentido que la remisión que el punto 7 efectúa a los puntos 1 a 5 del considerando XV, queda modificada según lo establecido en el punto b) que antecede.

e) rechazar el recurso en las demás cuestiones planteadas, y

f) disponer que las costas del recurso de inconstitucionalidad sean soportadas en el orden causado por existir vencimientos recíprocos (art. 65, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega Alicia E. C. Ruiz, en tanto pone de resalto que las cuestiones planteadas en el *sub examine* son sustancialmente análogas a las resueltas por este Tribunal en reiteradas oportunidades [v. citas individualizadas por mi colega en el punto 1 de su voto y, más recientemente, *in re*: "Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4748/06, y su acumulado: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4739/06, sentencia del 8/11/2006; y "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, resolución del 29/11/2006]. A los fundamentos allí expuestos corresponde remitirse en homenaje a la brevedad.

Por ello, propongo: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *b)* revocar la sentencia de Cámara —confirmatoria de aquella de primera instancia— en tanto reconoce el carácter bonificable de los decs. 4748/90 y 1442/98 y, en consecuencia, ordena liquidar y abonar a los actores las diferencias adeudadas en concepto de bonificación por antigüedad; *c)* rechazar el recurso en las demás cuestiones planteadas, y *d)* disponer que las costas del recurso de inconstitucionalidad sean soportadas por el orden causado puesto que, con referencia a él, existen vencimientos recíprocos.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

2. Debo destacar que ello no supone expedirme acerca del agravio relativo a la vulneración de la autonomía local, por haberse establecido el significado del concepto "remunerativo" a partir de una norma nacional (ley 24.241) para luego aplicarlo a un supuesto local, como lo es determinar el cálculo del sueldo anual complementario, puesto que, más allá de su seriedad, ha quedado tardíamente introducido, pues aparece por vez primera en el recurso de inconstitucionalidad (fs. 165 vta./167).

Por lo expuesto voto por: *i)* declarar bien concedido el recurso de inconstitucionalidad en lo que hace planteo referido al carácter no bonificable de los adicionales creados mediante los decs. 4748/90 y 1442/98; *ii)* revocar la sentencia de Cámara, en cuanto confirmó la de primera instancia que reconoció carácter bonificable a los adicionales creados por los decs. 4748/90 y 1442/98 y, en consecuencia, ordenó liquidar y abonar a los actores las diferencias adeudadas en concepto de bonificación por antigüedad; *iii)* declarar mal concedido el recurso en las demás cuestiones planteadas; *iv)* imponer las costas por su orden.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Las cuestiones sometidas a estudio en las presentes actuaciones son sustancialmente análogas a las ya resueltas en los exptes. nº 3565 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", resolución del 26/5/2005, en el que intervine como jueza preopinante, nº 3928, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" resolución del 14/9/2005, nº 3879/05, "Ruiz, María Antonieta c/GCBA", resolución del 14/9/2005, nº 4075/05, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", resolución del 14/12/2005, nº 4304/05, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", entre otros.

Por ello, me remito a los fundamentos que expuse en aquellas oportunidades y que, por razones de brevedad, doy aquí por reproducidos.

En consecuencia, corresponde: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *b)* revocar la sentencia de Cámara en cuanto declara el carácter bonificable de los adicionales creados por medio de los decs. 4748/90 y 1442/98 y, en virtud de ello, ordena liquidar y abonar a los actores las diferencias adeudadas en concepto de bonificación por antigüedad; *c)* rechazar el recurso en las demás cuestiones planteadas, y *d)* disponer que las

costas del recurso de inconstitucionalidad sean soportadas en el orden causado, en atención a que existen vencimientos recíprocos.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Como lo indica en su voto la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, el asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, sentencia del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3928/05, resolución del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4075/05, sentencia del 14/12/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4304/05, resolución del 31/5/2006; más recientemente: "Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4748/06 y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4739/06, resolución del 8/11/2006 y "García, Mabel Antonia y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4763/06, resolución del 29/11/2006.

2. Debido a ello, y por los mismos fundamentos, corresponde decidir de la misma manera, a saber: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *b)* revocar la sentencia de Cámara en tanto declara el carácter bonificable de los adicionales creados por medio de los decs. 4748/90 y 1442/98; *c)* rechazar el recurso en las demás cuestiones planteadas; *d)* disponer que las costas del recurso de inconstitucionalidad sean soportadas en el orden causado por existir vencimientos recíprocos (art. 65, CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la de primera instancia, en tanto reconoce el carácter bonificable de los decs. 4748/90 y 1442/98 y, en consecuencia, ordena liquidar y abonar a los actores las diferencias adeudadas en concepto de bonificación por antigüedad; y *rechazar* la demanda en esos aspectos.

3º. *Rechazar* el recurso en relación con los restantes agravios.

4º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Sala de origen.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

IX

"MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4893/06, "MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO", AMBOS EN 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PÚBL."

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Cesantía. Improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad del procedimiento administrativo. Necesidad de sustanciación del proceso. Derecho a que la parte demandada sea oída.

Expte. nº 4887/06 - 14/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Eduardo Mejuto Medrano planteó ante la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario una demanda para impugnar su cesantía, dispuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante resol. 1470-SHyF/2005.

2. Encontrándose en trámite el proceso, efectuó una presentación en la que expresa: "vengo a instar el proceso de Recurso de Revisión expediente o causa nº 1315/0 presentando acción legal judicial de Nuevo Recurso de Inconstitucionalidad, manifestando un ilícito Mobbing Laboral por todo el accionar administrativo laboral y accionar laboral arbitrario, irrazonable, de ilegalidad manifiesta, de iniquidad manifiesta en toda la situación fáctica y de fondo laboral a su vez con flagrante discriminación..." (fs. 3/20).

El juez de la Sala I a cargo del trámite dispuso el 10/7/06: "Estése al estado y constancias de autos y a lo resuelto a fs. 211. Siga la causa según su estado con la notificación del traslado de la demanda oportunamente ordenada" (fs. 21).

El actor interpuso recurso de aclaratoria contra esa providencia (fs. 24/28 vta.) porque "de manera esquiva, y sin claridad jurídico legal incomprensiblemente, aduce sin fundamentación alguna denegar nuevo recurso de inconstitucionalidad..." (fs. 24, consignado en letras mayúsculas en el original), planteó la nulidad de lo resuelto y solicitó que la decisión fuera tomada por todos los jueces de la Sala (fs. 24 vta.). Luego planteó un pedido de pronto despacho para que se resolviera la aclaratoria, escrito en el que, además, solicitó una audiencia personal con los jueces de la Sala I (fs. 29 y vta.).

Mediante resolución del 24/8/2006 la Sala interviniente rechazó el planteo de nulidad y el pedido de aclaratoria de la providencia dictada por su presidente el 10/7/06 (fs. 2 y vta.).

3. Notificado de esa decisión (fs. 1), el actor planteó ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 90/110 del expte. nº 4887/06.

4. El 6/9/06, el abogado Mejuto Medrano presentó ante la Cámara otro escrito denominado "Interpone nuevo recurso de inconstitucionalidad, denuncia y manifiesta inconstitucionalidad por violación del derecho de legítima defensa en juicio y violación del debido proceso. Solicito se declare de oficio nulo de nulidad absoluta el expte. nº 63547/01 conjuntamente con su resol. 1470-SHyF/05 (...)" (fs. 127/136, expte. nº 4893/06), que fue despachado el 7/9/2006 por el secretario de Cámara mediante un "Estése a lo proveído a fs. 325 pto. 1" (fs. 205). Dicha foliatura corres-

ponde a la resolución del 24/8/2006 (mencionada en el punto 2, último párrafo, precedente) por la que la Sala I rechazó el planteo de nulidad y el pedido de aclaratoria de la providencia dictada por su presidente el 10/7/2006, que, a su vez, ante el recurso de inconstitucionalidad reseñado en el punto 2, dispuso estar a la notificación del traslado de la demanda ya ordenado.

5. Ante la providencia de secretaría, el accionante interpuso ante este estrado el recurso de queja de fs. 178/200 vta. del expte. nº 4893/06.

6. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó en ambos exptes. propiciando el rechazo de ambas quejas. En el dictamen de fs. 116/117 (expte. nº 4887/06), sostuvo que la queja había sido interpuesta fuera del plazo legal y que, por lo tanto, resultaba extemporánea. Por lo demás, entendió que el recurso de hecho tampoco se interponía contra una resolución emanada del tribunal superior de la causa. En el dictamen de fs. 210/211 (expte. nº 4893/06), expresó que el recurso de inconstitucionalidad que la nueva queja sostenía no había sido interpuesto contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa.

7. Con fecha 31/10/2006, el señor juez de trámite dispuso la acumulación del expte. nº 4893/06 al que tramita bajo el nº 4887/06, para el dictado de una sentencia única (fs. 212).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Partiendo de la hipótesis más favorable al actor, ambos recursos de hecho fueron interpuestos en tiempo y forma oportunos —conf. art. 33, ley 402— (v. en sentido contrario opinión del señor Fiscal General Adjunto obrante a fs. 116/117). Sin embargo, no pueden prosperar.

Ello así, toda vez que los recursos de inconstitucionalidad y las quejas que los sostienen ante este estrado no se dirigen contra sentencias definitivas del tribunal superior de la causa.

2. La primera decisión recurrida (expte. nº 4887/06), al rechazar entre otras cuestiones el recurso de aclaratoria y el planteo de nulidad de la providencia del Presidente de la Sala que dispuso estar al traslado de la demanda ordenada, no se expide sobre el fondo de la cuestión ventilada en el juicio, no pone fin al proceso ni impide su continuación y tampoco genera un gravamen de insuficiente o imposible reparación posterior que pueda justificar una intervención anticipada de este Tribunal.

Es fácil advertir que la providencia de Presidencia de la Sala, ratificada por ella, nada resuelve sobre los planteos que el actor ha efectuado, salvo sobre la necesidad de efectivizar la traba de la *litis*.

3. En cuanto a la segunda (expte. nº 4893/06), cualquiera que sea el acierto o desacierto de la providencia del secretario de la Cámara, e independientemente de si la decisión se enmarca entre las que competen a sus atribuciones, la decisión que él adoptó —de remisión a las medidas ordenatorias indicadas en el párrafo anterior— tiene prevista una vía de impugnación específica, la "reposición impropia" ante los jueces. Recién en caso que un magistrado confirme lo decidido por el funcionario en quien el Código de Procedimientos delega cierta actuación en el trámite de los expedientes, se estará en presencia de un pronunciamiento jurisdiccional pasible de otros recursos, si los hubiera. La omisión de plantear la vía impugnativa prevista en el art. 31, inc. 6º del CCAyT dejó subsistente la decisión que se pretende discutir mediante el recurso de inconstitucionalidad y su queja.

Como ha sido correctamente señalado por el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 210/211), el recurso planteado en el expte. nº 4893/06 tampoco se dirige contra una sentencia definitiva, el actor no justifica la existencia de un gravamen irreparable como consecuencia de dicha decisión y las alegaciones constitucionales no se vinculan en forma directa con lo decidido en las instancias anteriores, sino con el objeto del proceso (la validez o invalidez del acto de cesantía y del procedimiento que lo precedió).

A tal punto esto es así que el recurrente expresa que "...la resolución de fs. 325 remite a la resolución de fs. 211, y en esta resolución (fs. 211) de manera confusa y con poca claridad resuelve denegar Recurso de Inconstitucionalidad, sin considerar y violando la normativa de la C.S.J.N., *que faculta a los jueces a declarar sin más trámite y de oficio la Inconstitucionalidad contra todo acto, accionar y/o resolución (ya sea administrativo) que atente contra la normativa de la Constitución Nacional*" (fs. 179, sin cursivas en el texto transcripto).

Las profusas denuncias de inconstitucionalidad y la mención de garantías constitucionales afectadas no permiten suplir la ausencia de una sentencia definitiva para considerar sus presentaciones.

4. Las constancias acompañadas permiten concluir que los insistentes planteos del actor tienden a que el *a quo* disponga "sin más trámite y de oficio" la nulidad del procedimiento administrativo y del acto administrativo que resolvió su cesantía. Por ende, luego de efectuar nuevas y sucesivas presentaciones en las que incorpora otros planteos de inconstitucionalidad (y reedita los anteriores), impugna las providencias que remiten al auto que oportunamente ordenó correr traslado de la demanda.

Recién una vez que se efectivice la posibilidad de que la parte demandada sea oída (traslado de la demanda) y que se sustancie el proceso, la Sala se encontrará en condiciones de dictar una sentencia válida, respetuosa del debido proceso y del derecho de defensa de ambas partes; según las reglas establecidas en el CCAyT, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por el actor.

5. En tanto se reitera la conducta procesal del actor, cabe repetir ahora lo señalado al fallar dos quejas anteriormente planteadas por el abogado Mejuto Medrano en relación al mismo juicio principal: "Se advierte, en esa decisión, el esfuerzo de los jueces de alzada por encauzar el proceso de acuerdo con las formas establecidas por el CCAyT. Formas que el actor desatiende con sus presentaciones en las que indiscriminadamente —y sin tener en cuenta la etapa procesal o el acto procesal que debe cumplirse—, cuestiona la resolución que dispuso su cesantía (cuestión de fondo que aún no ha sido resuelta por la Sala), el sumario que la precedió, *toda* la actuación del Gobierno local en su condición de empleador suyo, las decisiones dictadas por los jueces de la Sala, etcétera; y en las que, además, amplía y repite sus propios argumentos con total desapego a las reglas procesales que rigen el procedimiento impugnativo" (*in re*: "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y su acumulado expte. nº 4716/06 "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/cesantías o exoneraciones de empl. públicos", expte. nº 4605/06, sentencia del 23/8/2006).

El retardo que se observa en el desarrollo de la presente causa, en la cual se ha pospuesto sucesivamente la traba de la *litis* por la conducta discrecional del actor al incoar precipitadamente sobreabundantes recursos de inconstitucionalidad con sus respectivas quejas al ser aquellos denegados, si bien no dan —hasta hoy— sustento para suponer que se ha incurrido en una falta por la conducta procesal desplegada (art. 39, CCAyT), sugieren aconsejar amablemente a dicha parte releer los *Mandamientos del Abogado* de Eduardo J. Couture, cuando predica "*2.* Piensa: el derecho se aprende estudiando pero se ejerce pensado... *7.* Ten paciencia: el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración" (12ª ed., pp. 11/12, Depalma, Buenos Aires, 1994). Ello así, en tanto por regla general —excepción hecha de los supuestos de tutela cautelar— es imposible que la sentencia definitiva preceda y resuelva, en términos de verdad legal, la controversia antes de la sustanciación de un proceso en que se escuche a la otra parte y que, en su caso, se ofrezca y produzca la prueba pertinente.

Por lo hasta aquí expuesto corresponde rechazar ambas quejas.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casas por los fundamentos que expone en los apartados 1 a 4. En consecuencia, voto por rechazar ambas quejas.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, José O. Casás, por los fundamentos expuestos en los considerandos 1 a 3 de su voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, el Dr. José O. Casás, pues resulta evidente que el objeto de la impugnación en ambas quejas no es una sentencia definitiva. En consecuencia, se impone rechazar tales recursos.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* las quejas por recurso de inconstitucionalidad denegado planteadas por el abogado Eduardo Mejuto Medrano.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las quejas a la Sala interviniente para que sean agregadas al expediente principal.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

X

"OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CHIRINIAN, MARÍA ESTER C/OSCBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Fundamentación. Motivación. Autosuficiencia. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires. Incompetencia de la justicia federal de la Seguridad Social. Adhesión al Régimen del Sistema Integrado Nacional. Libertad de elección de obra social. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4788/06 - 21/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Ester Chirinian —dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— interpuso demanda de amparo contra la ObSBA para ejercer la libertad de elección de la obra social en los términos del art. 37 de la ley 472 (fs. 6/14 vta.). La parte demandada solicitó su rechazo (fs. 15/49 vta.).

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción (fs. 71/75 vta.) y dispuso "que en el plazo perentorio de quince días (...) cumpla en forma íntegra e incondicionada con las prescripciones del art. 37 de la ley local 472, arbitrando todos los medios jurídico-político-administrativos que resulten menester para tal cometido. Ello, bajo apercibimiento de aplicar por cada día de mora en el cumplimiento una multa diaria sobre el ingreso personal de cada uno de los miembros de ese Directorio de pesos quinientos...".

La sentencia fue apelada por la demandada (fs. 76/111 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena y la revocó en cuanto a la sanción que disponía para el caso de mora (fs. 113/116 vta.).

2. La ObSBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia de cámara, por las razones que expresa a fs. 117/181 vta. A fs. 183/184 vta. la Sala II resolvió declararlo inadmisible. La demandada interpuso recurso de queja contra la denegatoria (fs. 185/210).

En sus recursos, la parte demandada se agravia de la sentencia, por considerar que el mandato judicial es inconstitucional y carente de toda viabilidad jurídica y fáctica, pues proceder a su cumplimiento implicaría la violación de los mandatos constitucionales contemplados en los arts. 14 bis, 75, 125, 126 y 129 y disposiciones transitorias 7 y 9 de la C.N., como así también de los arts. 21, 22 y 44 de la CCBA. A su vez, implicaría contradecir las leyes federales 24.588, 23.660, 24.901, 19.032, 24.241, dec. 82/94 y locales 153, 447, 752, 1.004 y finalmente el convenio de Transferencia del ex IMPS. Sostiene que llevar a cabo lo resuelto por los jueces de merito, conllevaría actuar en forma vedada o, en su defecto, peticionar el dictado de una nueva normativa local. Advierte, que ello importaría una derogación de la ley 472 y la creación de un nuevo organismo que se ajuste a las pautas establecidas por la normativa federal, lo que constituye una decisión institucional que excede el ámbito de desenvolvimiento judicial.

La recurrente también expresa que el mandato judicial afecta lo dispuesto por:

a) las leyes nacionales 23.660 y 23.661, en tanto una obra social local no pude adherir por si misma al régimen federal;
b) la ley 24.241, pues por el convenio de transferencia de fecha 29/4/1994, sancionado en el marco del art. 2º de dicha ley, el personal transferido mantiene su afiliación al Instituto Municipal de Obra Social;
c) de la ley 19.032, dado que los dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no resultan sujetos pasivos de los aportes y contribuciones que impone dicha ley; y
d) el art. 11 de la ley 24.588 que autoriza a la Ciudad a mantener la obra social de los agentes locales.

Asimismo, entiende que la sentencia recurrida "[...] importa la denegatoria de la competencia federal [...]", en la medida que la contienda se desenvuelve únicamente en torno al régimen federal previsto en la ley 23.661.

El recurrente también plantea que la sentencia es arbitraria en cuanto denegó en forma infundada la producción de pruebas relevantes, afectando de esa forma su derecho de defensa en juicio, y desconoció la existencia de una medida cautelar federal, que suspendió los efectos del art. 37 de la ley 472.

3. El Fiscal General Adjunto dictaminó a favor de la parte recurrente. En consecuencia, se pronunció a favor de que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad, se revoque la sentencia apelada y se devuelva a la Cámara de Apelaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 215/218).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por la ObSBA, en tiempo y forma (art. 33, ley 402). En relación al planteo de incompetencia de la jurisdicción local para intervenir en la causa que efectúa la ObSBA (fs. 178 vta./ 180 y fs. 202 vta./203), la queja debe ser rechazada, toda vez que dicho planteo resulta insustancial, no obstante estar dirigido contra una sentencia definitiva, emanada del superior tribunal del la causa. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la justicia federal de la seguridad social es incompetente para intervenir en un asunto como el presente "en razón de que la falta de adhesión de la ObSBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud [...] torna inaplicable lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23.661 [...]". En consecuencia, dispuso la competencia de los tribunales locales (*in re*: Competencia nº 37. XL. "Lotártaro,

María Laura c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] y otros s/amparo [art. 14, CCBA], sentencia del 29/6/2004, del dictamen del Procurador Fiscal interviniente al que la Corte se remite). Por su parte, este tribunal ha hecho suya dicha doctrina *in re* "Galleta, Carmen c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. nº 3080/04, sentencia del 20/10/2004; "Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. nº 3544/04, sentencia del 27/4/2005; "Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. nº 4274/05, sentencia del 29/3/2006, entre otros.

2. Por el contrario, el recurso de queja debe prosperar en cuanto la recurrente denuncia la arbitrariedad de la sentencia de fs. 113/116 por resultar de cumplimiento imposible. Dicha resolución, en su parte pertinente, dispone: "I. Confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar al amparo incoado y ordena, en el plazo de quince días, cumplir con las prescripciones del art. 37 de la ley 472". Por su parte, dicho art. 37 prescribe: "[s]e establece como plazo máximo la fecha del 1º/1/2003, para que la OSBA disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por las leyes nacionales 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas".

A éste respecto, la cuestión *sub examine* difiere sensiblemente de aquella que se tratara en los precedentes "Galleta", "Damiani", "Di Cuffa", y concordantes, citados en el punto 1 de este voto. En dichos precedentes, la sentencia impugnada, en lo que aquí interesa, no condenaba a la ObSBA lisa y llanamente al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 37 de la ley 472, sino a que "en el plazo de treinta días cumpla con lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472 y, una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional [...]" (ver punto 1.a. de los "Resultas" *in re* "Damiani"). Por su parte, el mencionado art. 38 reza: "A los efectos de viabilizar lo dispuesto en el art. 38 [*rectus*: 37] de la presente norma, el Directorio de la ObSBA propondrá a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad, el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación".

En tales condiciones, asiste razón al recurrente en cuanto destaca que el cumplimiento de la manda judicial contenida en la sentencia de fs. 113/116 involucraría la sanción de leyes, el dictado de disposiciones,

la suscripción de convenios con el gobierno nacional, y, en definitiva, la creación de un nuevo organismo que se ajuste a las pautas establecidas por la normativa federal que rige en la materia (ver fs. 159 vta.). En dicho orden de ideas, agrega que "[...] se omite en la sentencia de grado sobre la conducta debida respecto de aquellos actores que en el propio decisorio entiende necesarios para la obligación impuesta a esta Obra Social [*sic*]". Se refiere la recurrente al hecho de que el *a quo* confirmó el decisorio de primera instancia, no obstante reconocer expresamente que "resulta cierto que estas actividades no involucran a la ObSBA de manera exclusiva, sino que requieren, conjuntamente la intervención del Gobierno de la Ciudad"; continuó el *a quo* sosteniendo que "asiste razón a la apelante cuando se agravia del contenido unilateral de la manda judicial en crisis, aunque esta alzada se encuentra inhibida de pronunciarse acerca de la posición de [...] GCBA, en tanto su conducta no es objeto de recurso" (fs. 115, punto 8). Dicho reconocimiento, vale destacar, llegó al extremo de revocar la sanción impuesta sobre la ObSBA en primera instancia en caso de incumplimiento, por considerar que siendo necesaria la actuación en común de la ObSBA con el GCBA, a efectos de dar cumplimiento con la manda judicial, "la sanción conminatoria dispuesta puede generar un perjuicio por causas no imputables a la recurrente" (fs. 115, punto 8).

Los términos en que se encuentra redactado el art. 37 de la ley 472, conforme parece admitirlo el *a quo,* impiden concluir que su cumplimiento pueda ser llevado a cabo por la ObSBA de modo autónomo. Se condice con ello, además, lo dispuesto en el art. 38 del mismo cuerpo normativo, que, al precisar cómo debe cumplirse lo ordenado en el art. 37, sólo pone en cabeza del directorio de la ObSBA el deber de "proponer [...] el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación". Así, naturalmente, la obligación de la ObSBA a tales efectos, de ninguna manera puede trascender dicha "propuesta". En tales condiciones, más allá de la propuesta de la ObSBA, la materialización de dicha integración dependerá de la implementación prevista en el art. 38. Ello se condice con lo ya expresado por este tribunal en el sentido de que "[e]l derecho a elegir libremente obra social es un típico derecho que requiere para su ejercicio el cumplimiento del deber positivo de creación de un marco normativo adecuado: exige un delicado equilibrio que haga compatible la posibilidad de ejercer individualmente la elección de obra social, con el cumplimiento por parte de la Ciudad de sus obligaciones en materia de salud y seguridad social (conf. arts. 20 y 44, CCBA)" —*in re* expte. nº 1087/01, "Yosifides, Ileana y otros c/GCBA y otro s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus agregados exptes.

nº 1121/01, 1122/01, 1178/01 y 1193/01, resolución del 11/10/2001—. Por más que, como destacó el *a quo*, el art. 38 de la ley 472 impuso "un cometido activo a la demanda" respecto del cual ésta adoptó una "actitud pasiva" (ver fs. 114 vta.), ello no constituye fundamento suficiente para sostener la condena de autos, para la cual no fueron vertidos otros fundamentos. Así, los defectos señalados por la recurrente tienen entidad suficiente para habilitar la competencia de este tribunal, toda vez que convierten a la sentencia en arbitraria por no constituir una derivación razonada del derecho vigente.

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para revocar la Sentencia emitida por la Sala II, y me exime de tratar los restantes agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad.

3. Por todo lo expuesto, oído el dictamen del señor Procurador General Adjunto, con los alcances expuestos, voto por admitir parcialmente la queja, hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 113/116, y remitir las actuaciones a la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a las pautas aquí establecidas. Sin costas (art. 14, CCBA).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta a fs. 185/210 fue deducida en tiempo oportuno. Sin embargo, no puede ser admitida ya que no cumple adecuadamente con la carga de fundamentación que prescribe el art. 33, segundo párrafo de la ley 402.

La ObSBA intenta sin éxito formular una crítica del auto de fs. 183/184 vta. Se limita a afirmar, de manera genérica, que el pronunciamiento recurrido se caracteriza por la "literalidad" (fs. 205) de sus términos y por incurrir en "un sobrado dogmatismo y simplismo, que constituye un acto de voluntad desvinculado del derecho constitucional" (fs. 205 *in fine*).

Sin embargo, sus manifestaciones carecen de sustento pues no son acompañadas de argumentos pertinentes a la causa de que se trata.

En estas condiciones, el escrito de la recurrente presenta el mismo defecto que ella pretende atribuir al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, es decir: la ausencia de motivación.

2. Las consideraciones vertidas en la queja carecen de relación directa con la materia debatida en autos.

La ObSBA no advierte que en este expediente los jueces no decidieron del modo en que lo habían hecho en otros casos. A título de ejemplo menciono aquellos que tuvieron decisión del TSJ: "Galletta, Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad

concedido", expte. nº 3080, resolución del 20/10/2004; "Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4274/05 y su acumulado "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4268, resolución del 29/3/2006; entre muchos otros.

En las causas enumeradas se condenó a OSBA a cumplir, en un plazo fijado, lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472, y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios, a peticionar su adhesión al Sistema Integrado Nacional.

Como ya dije, la recurrente desconoce esa circunstancia. Así, sostiene, a fs. 205 vta. (recurso de queja), que: "...incluso el objeto de la demanda promovida por la actora, se refiere al efectivo cumplimiento del art. 37 de la ley 472, y en cambio *se ha mutado la condena principal al art. 38 por simple voluntad y arbitrariedad [del sentenciante], sin respetarse el debido proceso"* (el destacado me pertenece). Una lectura atenta del expediente revela —no obstante— que, a fs. 71/75 vta., el juez de primera instancia condenó a la OSBA a que "en el plazo perentorio de quince días de notificada la presente cumpla en forma íntegra e incondicionada con las prescripciones del art. 37 de la ley local 472..."; y, a fs. 113/116 vta., la Sala II confirmó esa decisión.

Por los defectos de fundamentación señalados, resultan aplicables a la recurrente las objeciones que ella dirige al auto denegatorio cuando señala que "...omite un desarrollo que *cuanto menos, traiga el caso concreto dentro de la propia resolución de autos"* (fs. 205 vta., el destacado me pertenece).

3. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por rechazar la queja deducida por ObSBA a fs. 185/210.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad además de un relato claro y sucinto de los hechos de la causa, de la cuestión constitucional en debate y de la relación que existe entre ellos; recaudos formales que el escrito bajo examen no reúne.

A través de su extensa y confusa presentación la ObSBA trae sólo una crítica aparente de la sentencia de Cámara que denegó el recurso de

inconstitucionalidad, limitándose a reiterar los argumentos planteados en sus anteriores exposiciones y a invocar artículos de la Constitución Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, sin demostrar la estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y los derechos constitucionales genéricamente mencionados. Se evidencia, asimismo, un claro desconocimiento del objeto de debate por parte de la recurrente, al hacer referencia a cuestiones que integraran causas anteriores que la tuvieron como protagonista (conf. "Galleta, Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3080/04, sentencia del 20/10/04 y "Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3544/04, y su acumulado "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Damiani, Ricardo Domingo y otros c/GCBA y otros s/amparo", expte. nº 3539/04, sentencia del 27/4/2005, "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lista Carlos Enrique y otros c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo'", expte. nº 4160/05, resolución del 22/2/2006; entre muchas otras), como si constituyeran la que ahora nos compete. Si bien en el caso de autos la cuestión de fondo —pretensión de un afiliado a la ObSBA a elegir libremente su obra social, con apoyo en lo dispuesto en el art. 37 de la ley 472— es similar a la resuelta en la causas citadas, los pronunciamientos de mérito se diferencian en cuanto, mientras en aquellas oportunidades se condenaba a la ObSBA a que en un plazo determinado diese cumplimiento a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 472 y que, una vez sancionadas las normas o suscriptos los convenios necesarios para tal fin, peticionase su adhesión al Sistema Integrado Nacional, en la presente causa se ha condenado a la quejosa a dar cumplimiento con las prescripciones del art. 37 de la ley 472 (v. fs. 75 y fs. 116 vta.). Pero la ObSBA, al fundar su recurso, hizo caso omiso a tal particularidad, generando graves falencias que sellan la suerte del recurso.

En suma, el escrito presentado no satisface el requisito de autosuficiencia que todo recurso debe cumplir para bastarse a sí mismo y ser procedente formalmente (conf. este Tribunal *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, pp. 570 y ss.).

3. Sin perjuicio de lo que ahora se decide, es menester poner de manifiesto que, en la etapa de ejecución de sentencia, deberán tenerse especialmente en cuenta las reflexiones efectuadas por los jueces de la Cámara en su sentencia al apreciar el sistema legal establecido para lograr que se efectivice el derecho reclamado por la parte actora. En este sentido, es

claro que el tribunal *a quo* ha advertido la relación existente entre los arts. 37 y 38 de la ley 472 —que también fuera puesta de resalto por este Tribunal en reiteradas ocasiones (v. "Galleta" ya citada y nuestro voto conjunto en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gatto, María Ángela del Carmen c/OSCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4656/06, sentencia del 20/9/2006, entre otros)—, pues por ello resolvió revocar la sanción impuesta en primera instancia para el caso de mora (conf. consid. 8 de la sentencia de Cámara obrante a fs. 113/116 vta. de la queja).

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por ObSBA a fs. 185/210.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, y Alicia E. C. Ruiz.*

XI

"MACBAR S.R.L C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Recurso extraordinario federal. Art. 14 de la ley 21.837. Carácter abstracto y ausencia de contenido económico de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Pautas para la regulación de honorarios. Amplio margen de discrecionalidad de los jueces. Naturaleza y complejidad del asunto. Mérito de la tarea. Calidad, eficacia y extensión del trabajo.

Expte. nº 2577/03 - 21/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 197 la abogada Cecilia Salem, apoderada de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de su titular, Dr. Agustín Zbar, solicitó al Tribunal la regulación de sus honorarios por los trabajos cumplidos en la etapa iniciada con la interposición del recurso extraordinario federal de la actora, que fuera rechazado el 16/12/2004, con costas a la vencida (fs. 169/189).

En el mismo escrito la peticionaria formuló pautas para estimar el valor de sus honorarios "en la suma de $ 4.500" (fs. 197 vta. último párrafo).

A fs. 201/02, la contraria pidió el rechazo de la pretensión de honorarios en razón de no estar finalizada la causa, por encontrarse en trámite la queja impetrada—por la denegación del recurso extraordinario—ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En forma subsidiaria "consider[ó] irrazonablemente elevada la suma estimada por la profesional" y "solicit[ó] se tenga en cuenta para su momento que los presentes actuados carecen de contenido económico directo, limitándose el objeto de los mismos al mero esclarecimiento de un estado de incertidumbre legal".

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El argumento formulado por la actora para oponerse a la regulación de honorarios requerida a fs. 197 —no estar la causa terminada por hallarse en trámite el recurso de hecho por extraordinario denegado—, ha perdido toda virtualidad a partir de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha denegado la queja (fs. 194) y devuelto los autos a ese estrado (fs. 195), lo que exime de otros comentarios.

2. A los fines arancelarios, la actividad de los profesionales en el recurso extraordinario federal se rige por el art. 14 de la ley 21.839 (conf. este Tribunal, *in re*: "Spisso, Rodolfo R. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Spisso Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/art. 14, CCBA'", expte. nº 1066/01, resolución del 19/3/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 132 y ss.; "Asociación por los Derechos Civiles (A.D.C) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución del 9/3/2005; y "Asociación por los Derechos Civiles (A.D.C) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2535/03, resolución del 26/5/2005).

Si bien no existe regulación de honorarios por la instancia correspondiente a la acción de inconstitucionalidad, en tanto el art. 14 de la ley vincula el arancel correspondiente al recurso con "la cantidad que *deba fijarse* para los honorarios de primera instancia", resulta posible efectuar la regulación por el recurso extraordinario, mediante el mecanismo de fijar previamente el valor de los honorarios por lo actuado en la instancia originaria —véase el voto conjunto de los jueces Maier y Conde en la causa "Spisso" y TSJ en los exptes. nos. 2490 y 2535 ya citados.

La regulación peticionada debe efectuarse de conformidad a las pautas cualitativas fijadas por el art. 6º *idem* dado el carácter abstracto y la ausencia de contenido económico de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA (conf. este Tribunal, *in re*: "Fiore, Savino Enrique c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 143/99, resolución del 14/6/2000), y en atención a que las Dras. Norma Beatriz Preloran y Alejandra Tadei —procuradora y patrocinante del Gobierno de la Ciudad en esa instancia— no han solicitado la regulación de honorarios por sus actuaciones anteriores, presumiblemente debido a lo dispuesto en los art. 2º de la ley 21.839 y 25 de la ley 402.

3. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la regulación no depende exclusivamente del importe del litigio o de las escalas pertinentes, sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que pueden ser evaluadas por los jueces con un amplio margen de discrecionalidad, entre las que se cuentan la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la tarea, la calidad, eficacia y extensión del trabajo (conf. *Fallos*, 257:142; 296:124; 302:534, entre otros).

Sobre la base de tales razones, y de acuerdo con lo dispuesto por el arts. 6º, incs. b) a f), y 9º de la ley 21.839, corresponde establecer que los honorarios por el patrocinio letrado en la acción de inconstitucionalidad se habrían determinado hipotéticamente en la suma de $ 4.500 (pesos cuatro mil) para la letrada patrocinante, Dra. Alejandra Tadei. A su vez, para la apoderada —Dra. Norma María Preloran—, hubiera debido regularse el 40 % del monto otorgado al patrocinante, es decir, un total de $ 1.800 (pesos mil seiscientos).

4. Ahora bien, el art. 14 de la ley citada establece que el arancel que corresponde a la segunda o ulteriores instancias se fija entre el 25 % y el 35 % de la primera o única instancia.

Si tenemos en cuenta las razones por las que se denegó la concesión del recurso (fs. 169/189), la extensión argumental de la contestación del traslado (ver fs. 157/167), y también que esos argumentos fueron sólo en alguna medida acogidos por el Tribunal para rechazar el recurso, que el recurso extraordinario intentado no revelaba una extraordinaria complejidad y que la resolución sobre la admisibilidad de ese recurso carece de trascendencia moral y económica (ver ley 21.839, art. 6) para las partes, estimo que es correcto regular los honorarios de la letrada patrocinante en la suma de $ 1.350 (pesos mil trescientos cincuenta) y de la apoderada en $ 540 (pesos quinientos cuarenta), importes acordes a lo establecido por el art. 14, LA, con más el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

5. A las sumas fijadas se les adicionará el 1% determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181 (art. 81 lex. cit.)

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios de la abogada Alejandra Tadei, por su actuación como letrada patrocinante de la demandada en el recurso extraordinario rechazado, en la suma de $ 1.350 (pesos mil trescientos cincuenta), más el IVA si correspondiere y más la suma de $ 13,50 (pesos trece con cincuenta centavos) en concepto del 1% fijado por el art. 62 inc. 2º de la ley 1181.

2º. *Regular* los honorarios de la abogada Cecilia Salem, por su actuación como apoderada de la demandada en el recurso extraordinario rechazado, en la suma de $ 540 (pesos quinientos cuarenta), más el IVA si correspondiere y más la suma de $ 5,40 (pesos seis con treinta centavos) en concepto del 1% fijado por el art. 62 inc. 2º de la ley 1181.

3º. Mandar q*ue se registre, notifique, y archive.*

El juez Julio B. J. Maier no firma por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, y Alicia E. C. Ruiz.*

XII

"GCBA C/RODRÍGUEZ, ROBERTO EDUARDO S/EJECUCIÓN DE MULTAS S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA. Ejecución fiscal de multa. Unidad Administrativa de Control de Faltas. Competencia del juzgado de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario que dio trámite al pedido de ejecución e intimó de pago al ejecutado. Admisión tácita de competencia. Necesidad de evitar dilaciones en el trámite del proceso. Tutela judicial efectiva.

Expte. nº 5022/06 - 21/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el el epígrafe,

RESULTA:

1. El 3/3/2003 el Gobierno de la Ciudad promovió ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario la ejecución fiscal de una multa impuesta por resolución firme de la autoridad administrativa competente (fs. 2/3).

2. En el auto inicial, dictado el 5/3/2003, el titular del Juzgado Nº 2 del mencionado fuero tuvo por parte a la actora e intimó de pago a la ejecutada (fs. 4). Con fechas 8/8/2003 (fs. 8), 21/11/2003 (fs. 10), y el 1º/3/2004 (fs. 12), dictó diversas providencias ante peticiones formuladas por la actora (fs. 7, 9 y 11, respectivamente).

3. El día 6/7/2004 —previa vista al Ministerio Público Fiscal "en atención al tenor de las presentes actuaciones" (ver fs. 13)— el señor juez de primera instancia se declaró incompetente y ordenó la remisión de los autos al Fuero en lo Contravencional y de Faltas. En sustancia, fundó su decisión en la ley 1217 de Procedimiento de Faltas y lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en los autos "GCBA c/Fontenla, Américo Mariano s/ejecución de multas s/conflicto de competencia" (fs. 16 y vta.).

Las actuaciones fueron remitidas a la Secretaría General de la Cámara del Fuero en lo Contravencional y de Faltas en el mes de septiembre de 2006 (ver fs. 21/22).

4. El juez en lo Contravencional y de Faltas Nº 12 rechazó la atribución de competencia el 13/9/2006 (fs. 23/24), con sustento en jurisprudencia del TSJ que cita.

5. A fs. 31 el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 mantuvo la declaración de incompetencia resuelta a fs. 16, y dispuso la elevación del expediente a este Tribunal.

6. El señor Fiscal General Adjunto emitió su dictamen a fs. 34/35 y propició la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La contienda negativa de competencia planteada en autos es análoga a la de otros casos que ha resuelto el Tribunal, en las que se justificó el apartamiento excepcional del criterio fijado en la causa "CGBA c/Fontenla, Américo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia", expte. nº 2823/04, resolución del 19/3/2004.

En dicho precedente se estableció que la competencia para la ejecución de multas impuestas por la ex Justicia Municipal de Faltas, y por la Unidad Administrativa de Control de Faltas que adquieren firmeza en sede administrativa, corresponde a la Justicia Contravencional y de Faltas.

No obstante, en los casos excepcionales a los que se alude *supra*, el Tribunal resolvió mantener la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario en atención a la prolongada extensión temporal del proceso desde su radicación en ese ámbito y, esencialmente, al carácter oficioso de la declaración de incompetencia una vez admitido —expresa o tácitamente— el conocimiento de la causa (Conf. "GCBA c/Mariano Andres Gargiulo s/ejecución fiscal s/conflicto de competencia", expte. nº 3271/04, resolución del 20/10/2004; y "GCBA c/Sirlin, Elida Elizabeth s/ejecución de multas s/conflicto de competencia", expte. nº 4288/04, resolución del 16/11/2005; "GCBA c/Carranza, Ricardo s/ejecución de multas s/conflicto de competencia, expte. nº 4321/05, resolución del 30/11/2005; "GCBA c/Class Time S.A. s/ejecución de multa s/conflicto de competencia", expte. nº 4511/05, resolución del 22/2/2006 y "GCBA c/Lorea, Matías Sebastián s/ejecución de multa s/conflicto de competencia", expte. nº 4518/06, resolución del 1º/3/2006.

En el mismo sentido —y sin perjuicio de la diversa naturaleza de la cuestión— señaló el Tribunal en "GCBA c/predio Felipe Vallese 3164 s/otros procesos especiales s/conflicto de competencia", expte. nº 4248/05, resolución del 12/10/2005, "que la decisión de conocer en la causa oportunamente adoptada —y más allá de su acierto o error— ya no podía ser examinada de oficio. Sólo podía ser revisada por ella ante una excepción de incompetencia o un planteo de inhibitoria... Ello es así como derivación

del principio del derecho romano del *forum praeventionis* o *perpetuatio iurisdiccionis*...".

2. En el caso bajo examen, el juez contencioso administrativo y tributario, al dar curso al trámite del pedido de ejecución fiscal formulado a fs. 2/3 y resolver intimar de pago al ejecutado, admitió tácitamente su competencia en la medida que ningún reparo formuló para conocer en la causa (fs. 4).

Al cabo de dieciséis meses revisó su criterio sin que mediara excepción de incompetencia o inhibitoria, ni se tratara de un supuesto de competencia federal que, por su carácter de privativa (art. 12, ley 48), sí habilita la decisión de apartarse de oficio en cualquier estado del proceso, y resolvió que no le correspondía conocer en el expediente (fs. 16).

Más de dos años después de declararse incompetente lo remitió a la Justicia en lo Contravencional y de Faltas (ver fs. 21/22).

Tales consideraciones fundan la conveniencia de mantener la competencia ya ejercida por el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2, en procura de garantizar el principio de tutela judicial efectiva, evitando agregar dilaciones innecesarias en los procedimientos y las consecuencias negativas que de ellas se pueden derivar.

Así lo voto

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Nos adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 para intervenir en el caso.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 12 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

El juez Julio B. J. Maier no firma por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, y Alicia E. C. Ruiz.*

En el mismo sentido se resolvió en las causas nº 5023/06, "GCBA c/Campesi Héctor J. s/ejecución de multas s/conflicto de competencia"; nº 5024/06, "GCBA c/Lopasso, Analía Verónica s/ejecución de multas s/conflicto de competencia"; nº 5025/06, "GCBA c/Manzano, Cristian Daniel s/ejecución de multas s/conflic-

to de competencia"; y nº 5026/06, "GCBA c/Manolio, Irma Valeria s/ejecución de multas s/conflicto de competencia", sentencias del 21/2/2007.

XIII

"DIVERSAS EXPLOTACIONES RURALES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/DIVERSAS EXPLOTACIONES RURALES S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Requisitos. Ejecución fiscal. Sentencia definitiva. Inexistencia de deuda. Derecho de defensa en juicio. Posibilidad de iniciar un juicio de conocimiento. Eximición de pago previo. Art. 9º de la ley 189. Decisión de un tribunal local que declara improcedente un recurso local. Cuestión federal. Invocación genérica de garantías constitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4635/06 - 28/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Diversas Explotaciones Rurales S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 119/123) contra la decisión de fecha 20/11/2006 (fs. 83/102) que rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

Funda su presentación en la conculcación de los derechos de propiedad y defensa en juicio, y en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (arts. 17 y 18 de la C.N.).

2. Del recurso se dio traslado a la Procuración de la Ciudad, que se opuso a la admisibilidad y procedencia del mismo, solicitando se lo desestime (fs. 128/133).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. El tardío esfuerzo argumental realizado por el recurrente no logra desvirtuar el principal fundamento en virtud del cual este Tribunal —por mayoría— desestimó la queja: la inexistencia del requisito de sentencia definitiva o equiparable.

Las argumentaciones relativas a la incidencia económica que produciría el cumplimiento de la sentencia ejecutiva (fs. 122 vta., ap. 3.6), no logran conmover lo dicho precedentemente. Y es que el recurrente no sólo puede iniciar un juicio de conocimiento para discutir la existencia de la deuda, sino también solicitar se lo exima del pago previo en los términos del art. 9º de la ley 189.

Por ello, corresponde aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos, en principio, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa nº 2184/03, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", resolución del 13/8/2003).

3. Por otra parte, las cuestiones debatidas en autos carecen de naturaleza federal.

En efecto, las contingencias que experimentó el proceso y la conducta procesal desarrollada por la Cámara, que el recurrente critica, constituyen cuestiones procesales ajenas al ámbito propio del recurso extraordinario federal, máxime teniendo en cuenta que el recurrente no logró demostrar que dichas cuestiones le hayan provocado un perjuicio concreto e irreparable en sus derechos.

Entonces, este recurso contiene una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas, pero dicha invocación no es luego desarrollada de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

4. La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad —causal establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

En el caso, los agravios sólo traducen la disconformidad de la apelante con la interpretación de cuestiones procesales, de hecho y de las normas de derecho común que constituyen el fundamento del decisorio, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad.

5. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la señora jueza de trámite en cuanto a que el recurso extraordinario federal que interpuso la sociedad Diversas Explotaciones Rurales S.A. (en adelante, "DVE") debe ser denegado. Ello, pues aunque fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN, el recurso no está dirigido contra una sentencia definitiva.

2. En efecto, la resolución del Tribunal fue dictada en el marco de una ejecución fiscal. Como se sigue de la reiterada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal, en principio, las decisiones dictadas en procesos ejecutivos no constituyen sentencias definitivas, por la posibilidad de mayor debate y prueba que queda siempre expedita en un proceso de repetición posterior. Y DVE tiene a su disposición tal vía procesal para articular las defensas que estime asisten a sus derechos.

3. Si bien la ausencia de sentencia definitiva basta para rechazar el remedio intentado, a mayor abundamiento destaco que el escrito que luce a fs. 119/123 no cumple con los requisitos de fundamentación que impone el art. 15 de la ley federal 48.

Como sostuve en mi voto en la causa nº 4426/06, "Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal'", resolución del 27/9/2006, "[t]al como lo señala Lino Enrique Palacio con cita de numerosos antecedentes de la CSJN, el escrito de interposición del recurso extraordinario federal 'debe contener una crítica prolija, concreta y razonada de la sentencia impugna-

da así como la refutación de todos y cada uno de los fundamentos enunciados por el tribunal superior de la causa para arribar a las conclusiones que motivan los agravios' (Palacio, Lino Enrique: *El recurso extraordinario federal: Teoría y técnica,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 308)".

DVE no logra articular una crítica que satisfaga las condiciones indicadas en la cita precedente. La recurrente insiste con cuestionamientos a supuestos agravios constitucionales que le habría provocado el fallo de Cámara del 1º/4/2005. En otras palabras: DVE, en lugar de criticar fundadamente el decisorio del Tribunal que no hizo lugar a la queja interpuesta, reitera argumentos esbozados en las instancias anteriores, criticando tales resoluciones, mas no la resolución del Tribunal contra la que se articulara el recurso extraordinario federal, salvo en forma confusa en ciertos párrafos aislados que no logran, sin embargo, cumplir con la carga de fundamentación a la que me refiriera más arriba.

La recurrente tampoco funda de manera convincente su afirmación de que la decisión del Tribunal genera un perjuicio de tal gravedad que amerita su equiparación con una sentencia definitiva.

4. En consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Diversas Explotaciones Rurales S.A., con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, pues, como ya lo expuse al rechazar la queja, el recurso no ataca una sentencia definitiva, su invocación de la doctrina de la arbitrariedad resulta defectuosa y, como lo señala la Dra. Conde, las cuestiones debatidas en esta controversia no revisten carácter federal. Las costas deben imponerse a la vencida (art. 68, CPCCN).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso extraordinario fue interpuesto, en tiempo y forma, contra la resolución emanada del superior tribunal de la causa. Si bien, "como principio, no son definitivos los pronunciamientos emitidos en juicios ejecutivos, que pueden ser revisados en ulteriores procesos de conocimiento, dicha regla reconoce excepciones, entre las cuales está la sentencia que manda llevar adelante una ejecución fiscal cuando la deuda ejecutada es manifiestamente inexistente" (*Fallos*, 315:1916; 302:861, entre muchos otros), supuesto invocado en autos por la demandada. Las mismas razones que expresé en la resolución impugnada para considerar que la sentencia del *a quo* es equiparable a definitiva justifican, *mutatis mutandis*, equiparar también la

sentencia ahora impugnada. A su turno, esas mismas razones suscitan cuestión federal suficiente, toda vez que involucran el resguardo del derecho de defensa de la demandada (conf. doctrina *in re* "Chareun, Raúl Emilio y otro c. Ferrocarriles Argentinos", sentencia del 29/4/1997).

Por todo lo expuesto, voto por conceder el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue interpuesto en tiempo y forma y cumple, además, con las restantes condiciones de admisibilidad legalmente exigidas, pues, si bien es cierto que las sentencias recaídas en los juicios ejecutivos no revisten, en principio, el carácter de definitivas, el presente, conforme lo he expuesto en detalle en mi voto en la sentencia que aquí se ataca y al que remito *brevitatis causa*, encuadra dentro de uno de los supuestos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha habilitado la vía contemplada en el art. 14 de la ley 48, en tanto se estaría en presencia de una deuda inexistente.

2. Así las cosas, teniendo en vista las contingencias que atravesó el proceso y que detallé y fundamenté en mi voto al decidir el recurso de queja, agraviándose la recurrente de que se ha efectado el *principio constitucional de defensa en juicio*, —violación del principio procesal de preclusión, haberse incurrido en excesivo rigor formal, invocación de la doctrina de los propios actos— comprendido en el más amplio marco del *la tutela judicial efectiva*, que amparan, tanto las Constituciones nacional y local, como los tratados internacionales sobre derechos humanos elevados a rango constitucional por la reforma de nuestro Estatuto Supremo, llevada a cabo en el año 1994 (art. 75, inc. 22), en particular, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* —art. XVIII—, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* —art. 8º—, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* —arts. 8º y 25—, y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* —art. 2º, inc. 3º, aparts. a), b) y c)—, considero que en el decisorio se configura un *caso constitucional* y estimo que corresponde conceder el recurso extraordinario federal interpuesto.

3. Por lo demás, la solución que aquí propicio es análoga —por tratarse del cobro provisorio de impuestos vencidos y atendiendo a la excepcionalidad de tal curso de acción por el Fisco— a la que también propongo en el voto suscripto en el día de la fecha en la causa: "GCBA c/Inversora Dock Sud S.A. s/ejec. fiscal, ingresos brutos s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 4580/06.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Diversas Explotaciones Rurales S.A. contra la sentencia de fs. 83/102, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada anteriormente.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XIV

"GCBA C/INVERSORA DOCK SUD S.A. S/EJ. FISC. INGRESOS BRUTOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Requisitos. Ejecución fiscal. Sentencia definitiva. Acreditación del gravamen irreparable que permita equiparar el decisorio a sentencia definitiva. Inexistencia de deuda. Pago provisorio de impuestos vencidos. Perjuicio de imposible reparación ulterior mediante la sustanciación de un posterior juicio ordinario de repetición. Supuesto de denegación de justicia. Principio de *solve et repete.* Derecho de defensa en juicio. Debido proceso adjetivo. Tutela judicial efectiva. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia. Aplicación e interpretación de normas de derecho público local. Cuestiones de hecho y de prueba.

Expte. nº 4580/06 - 28/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Inversora Dock Sud S.A. (en adelante, "IDS") interpuso recurso extraordinario federal (fs. 434/456) contra la resolución del Tribunal (fs. 359/382) que hizo lugar al recurso de apelación ordinario interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante,

"GCBA"), revocó la sentencia de fs. 279/282, y mandó llevar adelante la ejecución iniciada contra IDS, con costas a la ejecutada.

La recurrente solicita que se abra la instancia extraordinaria federal con base en la doctrina de la CSJN de la arbitrariedad y aduce también que la resolución del Tribunal lesionó su derecho de defensa y de propiedad.

2. El GCBA contestó el traslado del recurso extraordinario interpuesto por IDS solicitando su desestimación, con costas (fs. 459/492).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que interpuso IDS debe ser denegado. Aunque fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN, el recurso no está dirigido contra una sentencia definitiva y, por lo demás, tampoco logra articularse un caso federal.

2. La resolución dictada por el Tribunal en estos actuados no constituye una sentencia definitiva, tal como lo anticipé en mi voto en dicha resolución, que obra a fs. 359/382.

En primer término, por haber sido dictada en el marco de una ejecución fiscal. Como se sigue de la reiterada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal, en principio, las decisiones dictadas en procesos ejecutivos no constituyen sentencias definitivas, por la posibilidad de mayor debate y prueba que queda siempre expedita en un proceso de repetición posterior.

En segundo lugar, la recurrente no acredita que el decisorio impugnado le cause un gravamen irreparable que permita equipararlo a una sentencia definitiva y hacer excepción al principio general expresado en el párrafo anterior. La referencia que efectúa IDS a la importancia del monto en juego en estos obrados, por sí sola, no demuestra de qué modo dicha suma impactaría en concreto sobre el patrimonio de la empresa causándole, en consecuencia, un perjuicio imposible de ser reparado.

3. La ausencia de sentencia definitiva basta para rechazar el remedio intentado. Sin embargo, cabe destacar que la impugnante tampoco logra plantear la cuestión federal que denuncia a fs. 444.

El eje argumental en que IDS pretende fundar un caso federal es la supuesta arbitrariedad del fallo cuestionado. Ello, con base en los motivos que seguidamente indico.

La recurrente tacha de arbitraria la sentencia del Tribunal porque considera que se prescindió del debido proceso adjetivo fijado en el Códi-

go Fiscal al decidir que el Fisco estaba amparado en el art. 142 del Código Fiscal (t.o. 2002) y habilitado para iniciar, en consecuencia, una ejecución fiscal.

IDS alega también que la decisión recurrida introduce elementos ajenos a la litis al volver sobre el carácter, alcance y naturaleza de la actividad de dicha sociedad, afectando su derecho de defensa.

Luego, la impugnante denuncia que el fallo del Tribunal es arbitrario por cuanto "ante el extravío de parte del expediente administrativo por parte del GCBA (especialmente en lo referido a los balances contables), concluye que no puede afirmarse la inexistencia de deuda", y aduce asimismo que al resolver no tuvo en cuenta ciertas constancias probatorias.

Finalmente IDS se alza contra la imposición de costas. Argumenta que no se consideraron las circunstancias especiales de la causa y sostiene que el caso constituye una "clara excepción del principio objetivo de la derrota".

4. Ninguno de los agravios *supra* referidos habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con base en la doctrina de la arbitrariedad. La sentencia aparece debidamente fundada en los hechos y pruebas del caso y en las normas en juego en estos obrados, que, por lo demás, son de derecho público local. Por lo tanto, no es el resultado del mero capricho de los magistrados que la suscriben.

5. En cuanto a la referencia a la afectación del derecho de defensa y de propiedad de la impugnante, no va más allá de su invocación ya que la recurrente no suministra argumentos que pongan en crisis el decisorio atacado ni plantea un caso federal.

6. El agravio vinculado con la imposición de costas es una cuestión procesal, ajena a la vía extraordinaria intentada. La recurrente no invoca que la decisión impugnada viole en este punto garantías constitucionales.

7. En consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por IDS, con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Las razones expuestas por la señora jueza de trámite resultan válidas para mí. Como lo señala la Dra. Ruiz, el presente recurso no se dirige contra una sentencia definitiva, circunstancia suficiente para rechazarlo, fracasa en el planteo de una cuestión federal y tal planteo, por su parte, transita fundamentalmente por el carril de la arbitrariedad (la recurrente subsume la resolución impugnada en la categoría de "las llamadas sentencias 'insostenibles', 'irregulares', 'anómalas', 'carentes de fundamentos suficientes para sustentarlas' o 'desprovistas de todo apoyo legal' y 'fundadas en tan sólo la volun-

tad de los jueces que las suscriben'", fs. 444 vta.). En cuanto a estos motivos de disconformidad, y por razones que he desarrollado en múltiples opiniones, ellos no pueden conmover la entidad del pronunciamiento del Tribunal que hizo lugar al recurso de apelación ordinario interpuesto por el GCBA en tanto pieza jurisdiccional válida (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

Por lo expuesto hasta aquí, me adhiero al voto de mi colega preopinante.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propone denegar el recurso extraordinario federal.

2. Este remedio sólo puede interponerse contra sentencias que privan definitivamente al interesado de medios legales para reclamar tutela judicial, y la sentencia del Tribunal frente a la cual se interpuso el recurso extraordinario federal no constituye sentencia definitiva, tal como lo requiere el art. 14 de la ley 48, ni importa una decisión que, por sus efectos, pueda ser equiparada a tal.

En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que, por regla general, las decisiones recaídas en los juicios ejecutivos y de apremio son insusceptibles de recurso extraordinario, pues ellas carecen del carácter definitivo exigido por la ley 48, en la medida que puedan ser objeto de revisión en el ulterior juicio ordinario (*Fallos,* 267:487; 295:227; 306:121, 861 y 865; 308:717, 1230).

Si bien la recurrente intenta equiparar la decisión impugnada a una sentencia definitiva con la mención de un supuesto "exceso de rigorismo formal" (fs. 443) y la cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia (fs. 443/443 vta.), no logra demostrar que la decisión adoptada le impida iniciar, posteriormente, un juicio ordinario de repetición en el cual pueda hacer valer las razones que alega en cuanto a la causa de la obligación.

En suma, la parte no logra rebatir los fundamentos de la sentencia del Tribunal que hizo lugar al recurso de apelación ordinario interpuesto por el GCBA, ni cumple con los recaudos exigidos por la Corte Suprema para que la sentencia dictada en la ejecución fiscal pueda ser equiparada a un decisión definitiva.

3. Por lo demás, la normativa puesta en juego para resolver la causa —fundamentalmente el Código Fiscal local— constituye, más allá de su acierto o error, aplicación e interpretación de reglas de derecho público

local, relativas, además, a cuestiones de hecho y prueba; por lo que quedan excluidas de la materia propia del recurso extraordinario federal.

Los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos*, 285:410, 286:87, 291:356, 308:551 entre otros), pues el respeto de las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336, 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), como ocurre en este proceso.

4. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, la recurrente sostiene que la resolución del Tribunal Superior "reviste el carácter de sentencia arbitraria, por falta de fundamentación, y prescindencia en el caso de prueba documental irrefutable e indispensable para la adecuada solución del caso" (fs. 444 vta.), lo que importa una "lesión al derecho de propiedad y de defensa" (fs. 444).

Sin embargo, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto el desacuerdo de la apelante con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que "[l]a tacha de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio federal que se intenta" (*Fallos,* 308:1757) y que "[e]sta tacha no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

5. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el recurso intentado debe declararse inadmisible.

6. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia. E. C. Ruiz.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue interpuesto en tiempo y forma y cumple, además, con las restantes condiciones de admisibilidad legalmente exigidas, pues, si bien es cierto que las sentencias recaídas en los juicios ejecutivos no revisten, en principio, el carácter de definitivas,

el presente, entiendo, encuadra dentro de uno de los supuestos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha habilitado la vía contemplada en el art. 14 de la ley 48.

El Máximo Tribunal, *a fortiori,* ha sorteado el recaudo de sentencia definitiva para la revisión por la vía del recurso extraordinario federal, de las decisiones recaídas en ejecuciones fiscales —pronunciamientos que, por principio, hacen cosa juzgada solamente en sentido formal— en aquellos supuestos de perjuicio irreparable imposible o difícil de conjurar mediante la sustanciación del posterior juicio ordinario de repetición, pues lo contrario importaría privilegiar un excesivo rigor formal con grave menoscabo de garantías constitucionales —causas: "Provincia de Entre Ríos v. Cía. Entrerriana de Teléfonos" (*Fallos,* 198:18), sentencia del 10/2/1944; "Provincia de Buenos Aires v. Cía. Unión Telefónica del Río de la Plata (E.M.T.A.)" (*Fallos,* 210:396), sentencia del 15/3/1948; "Administración General de Obras Sanitarias de la Nación v. Provincia de Córdoba" (*Fallos,* 240:242), sentencia del 28/3/1958; "Municipalidad de Rosario v. S. A. Cobe" (*Fallos,* 267:487), sentencia del 29/5/1967; "Nación Argentina v. S. A. Alberto Urani" (*Fallos*, 271:158), sentencia del 31/7/1968; "Banco Central de la República Argentina v. S.R.L. A. Milano" (*Fallos*, 273:416), sentencia del 28/5/1969; "Superintendencia de Seguros de la Nación v. Administración Aseguradores de Aeronavegación S.A.C. y M." (*Fallos,* 313:899), sentencia del 11/9/1990; "Nación Argentina (Dirección General Impositiva) v. Aurelia Elida Seco" *(Fallos,* 315:1916), sentencia del 8/9/1992; "Fisco nacional (Dirección General Impositiva) v. Julián Capocotta" (*Fallos*, 318:2053), sentencia del 19/10/1995.

Como ya lo he sostenido anteriormente (conf. mi voto *in re*: "Diversas Explotaciones Rurales S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Diversas Explotaciones Rurales S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4635/06, sentencia del 20/11/2006) condenar al contribuyente sin más a afrontar un pago provisorio de una deuda fiscal que considera inexistente —en este caso en virtud de creerse amparado en una exención que, estima, operaría de pleno derecho— sobre la base de que le quedará habilitada la vía ordinaria de repetición, puede llegar a importar en los hechos una verdadera denegación de justicia.

2. Por otra parte, debe tenerse presente que, además, el Máximo Tribunal tiene establecido *in re*: "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires v. Estudio Jurídico Cosme Beccar Varela" —*Fallos*, 316:2764—, sentencia del 7/12/1993, respecto de la Ciudad de Buenos Aires, en su anterior *status* jurídico, que en nada altera las conclusiones que pueden extraerse en este punto: "Que la facultad asignada al fisco municipal para requerir el pago provisorio de impuestos vencidos a quienes no presenten declaraciones juradas debe interpretarse restrictivamente, por constituir, en la

especie una excepción al principio que consagra... la citada ordenanza, relativo a la determinación de oficio de las obligaciones tributarias y teniendo en consideración que, en dicho marco, el contribuyente cuenta con la vista que asegura la defensa de sus derechos" (v. considerando 5º).

También la flexibilización de los recaudos procesales se ve recomendada por la cuantía del importe reclamado, en cuanto nos hagamos eco *mutatis mutandi* de las consideraciones vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para sortear el cumplimiento de la exigencia del *solve et repete* en la causa: "Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos Ezrah v. Dirección General Impositiva" (*Fallos,* 322:337), sentencia del 9/3/1999. Allí se dijo que la magnitud de la suma implicada no exigía la demostración de un estado de precariedad o insolvencia económica absoluta.

Así las cosas, el *caso constitucional* involucrado queda enmarcado en el compromiso del *derecho de defensa en juicio,* el *debido proceso adjetivo* y *la tutela judicial efectiva*, que amparan, tanto las Constituciones nacional y local, como los tratados internacionales sobre derechos humanos elevados a rango constitucional por la reforma de nuestro Estatuto Supremo, llevada a cabo en el año 1994 (art. 75, inc. 22), en particular, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* —art. XVIII—, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* —art. 8º—, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* —arts. 8º y 25—, y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* —art. 2º, inc. 3º, aparts. a), b) y c).

Ello así, por cuanto en este caso particular ante el emplazamiento del Fisco el contribuyente esgrimió, más de una vez, las razones por las cuales se consideraba exento del deber de tributar y de presentar declaraciones juradas, acompañando la documentación que estimó corresponder, circunstancia ésta que debía derivar en que si el órgano recaudador encontraba improcedente la exención invocada debía acudir al régimen general —determinación de oficio—, marco en el cual el aquí recurrente podría hacer valer de modo más amplio las defensas de su derechos.

Es por ello que sólo en lo referido a la alegada afectación del derecho de defensa efectuada por "Inversora Dock Sud", y a los fines de garantizar la debida tutela jurisdiccional efectiva, estimo que corresponde conceder parcialmente el recurso extraordinario federal interpuesto.

3. En punto a los restantes agravios, tendientes a tachar de arbitraria la sentencia, y más allá de no haberme expedido en aquella ocasión por encontrarme en uso de licencia, adhiero al voto de la señora jueza de trámite y me pronuncio por su rechazo, en tanto, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo ha reiterado este Tribunal en numerosas ocasiones, la denuncia de arbitrariedad no cubre las discrepancias del apelante con respecto a la inteligencia asignada por la sentencia a problemas regidos por normas de derecho público local extrañas al remedio

federal que se intenta (*Fallos*, 308:1757); tampoco esa calificación tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende sólo a los supuestos de desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, 304:175, entre muchos otros).

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por Inversora Dock Sud S.A. a fs. 434/456, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 382.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CURIBANCO CARRIÓN, ELMER WILMAN S/INF. ART. 189 BIS DEL C.P.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Requisitos. Sentencia definitiva. Resolución que rechaza la prescripción de la acción penal. Arbitrariedad de sentencia. Prolongación injustificada del proceso. Gravamen irreparable. Cuestión federal. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Expte. nº 4800/06 - 28/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensora General Sustituta de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia dictada con fecha 28/11/2006 por la que este Tribunal dispuso rechazar el recurso de queja de fs. 37/44.

La recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal sobre la base de que el pronunciamiento impugnado lesiona la garantía constitucional de la defensa en juicio por impedir, en forma arbitraria, la revisión de una resolución que no hace lugar a la prescripción de la acción penal (arts. 17, 18 y 28, C.N.). Esta decisión resulta equiparable a una sentencia definitiva pues, a su criterio, al negársele la revisión de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional, se frustra en forma arbitraria la expectativa de su defendido de desvincularse definitivamente del proceso que se le sigue en vulneración de su derecho a obtener en un plazo razonable una definición de su situación procesal (arts. 8.1, CADH y 14.3, PIDCyP en función de los arts. 75, inc. 22, C.N. y 10, CCBA) y del principio de legalidad material (fs. 59/71).

2. El Fiscal General Adjunto, por su parte, solicita el rechazo del recurso extraordinario intentado pues opina que éste se dirige contra una sentencia que no es definitiva —art. 27, ley local 402 y art. 14, ley nacional 48—. Se remite además a los argumentos ya vertidos por ese Ministerio Público en su anterior intervención y por este Tribunal a fs. 51/55 (fs. 74).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal deducido a fs. 59/71 cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por la legislación aplicable (esto es: fue interpuesto en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal superior de la causa), él no resulta admisible puesto que no se dirige contra una sentencia definitiva que habilite la competencia apelada de la CSJN (conf. art. 14, I, ley 48). Al pronunciarme sobre el recurso de queja deducido ante este Tribunal por la defensa del Sr. Curibanco Carrión, expuse con detalle los fundamentos que me imponían concluir acerca de la inexistencia, en el caso, de una sentencia de mérito final sobre la imputación que sustenta el proceso bajo análisis. Aquellos argumentos, a los que me remito (ver fs. 52/53), permanecen incólumes en esta nueva instancia recursiva propiciada por la Defensora General Sustituta. En consecuencia, ésta es la razón básica por la cual considero que el recurso intentado no puede prosperar.

2. Por lo demás, la supuesta arbitrariedad alegada respecto de la sentencia dictada por este Tribunal al rechazar la queja acerca de su recurso de inconstitucionalidad, no constituye, en definitiva, más que la expresión de su disconformidad con la decisión recurrida (agravio).

Por ello, considero pertinente reiterar la jurisprudencia de la CSJN en materia de arbitrariedad de sentencia, según la cual "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos*, 312:246, 389 y 608, entre otros).

Mi comprensión de este motivo es, incluso, más estricta: conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005.

3. Por todo ello, propongo denegar el recurso extraordinario federal intentado.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido, aunque lo fue en tiempo y forma como expone el señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, no se dirige contra una sentencia definitiva a tenor del art. 14 de la ley 48, ni contra un auto equiparable a ella de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN citada por la propia Defensora General Sustituta. En efecto, al desestimar formalmente la queja intentada expuse —y vale la pena reiterarlo aquí— que no resultaba posible que este Tribunal Superior de Justicia, o la CSJN, revisara *todos* los pronunciamientos que rechazaban la prescripción de la acción penal, porque ellos, por regla, no reunían la calidad de sentencia definitiva (*Fallos*, 295:704; 303:740; 304:152; 314:545), ni aun cuando se invocara "la lesión a garantías constitucionales o la tacha de arbitrariedad" (*Fallos*, 307:1030; 312:552, 573 y 577; 315:2049; 322:2920), pues la única consecuencia de tales decisiones, como la de tantas otras, era la obligación del acusado de continuar sometido al proceso criminal (*Fallos*, 296:405; 298:408; 307:1030). Pese a ello también consideré que hubiera sido posible reconocer una excepción a aquella regla general, si se hubiera verificado una "prolongación injustificada" del proceso (*Fallos*, 306:1688 y 1705), pero tal extremo no fue explicado apropiadamente en la queja y, en rigor de verdad, el impugnante ante este estrado no ensayó ningún planteo serio sobre dicha base; sino que, por el contrario, se limitó

a manifestar su disconformidad en lo referente a la determinación de los actos procesales que poseen virtualidad suficiente para interrumpir el curso de la prescripción, desacuerdo que, por su naturaleza, —al remitir a cuestiones de hecho, prueba, derecho común, procesal y local— resulta ajeno a un recurso extraordinario (*Fallos*, 311:1960; 217:98), sea local o federal, mientras no se exhiba un absurdo manifiesto en la interpretación de las normas aplicadas al caso concreto.

Si bien pareciera posible sostener que la Defensora General Sustituta intenta, mediante un giro inesperado, reencauzar la insuficiencia argumental de su ministerio en torno a la *equiparabilidad* del auto recurrido —a punto tal que su único agravio radica, ahora, en la duración excesiva del proceso y en el derecho del encartado a obtener una definición de su situación "dentro de un plazo razonable"— no logra demostrar la relación directa e inmediata (art. 15 de la ley 48) entre las afectaciones constitucionales que denuncia y lo resuelto por los jueces de mérito. Ciertamente, en las condiciones en las que se encuentra esta causa, no hay motivo que autorice a presumir válidamente que, hasta que se dicte la sentencia definitiva, pueda transcurrir un lapso tan prolongado que, por sí solo, irrogue un perjuicio que no pueda ser reparado ulteriormente (*Fallos*, 316:1328); la recurrente, al margen de lo novedoso del planteo, tampoco aportó elemento alguno que torne verosímil dicho extremo.

2. Las razones apuntadas bastan para denegar el remedio intentado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, más allá de los diversos enfoques que hemos expresado en distintos precedentes a la hora de abordar la denominada doctrina de la "arbitrariedad de sentencia"; matices que, en este caso, resultan totalmente secundarios.

Por ello, coincido en que corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El recurso extraordinario fue interpuesto en tiempo oportuno. El planteo en el que busca hoy apoyo la defensa, a saber, el derecho a la obtención de una rápida y eficaz decisión judicial —conf. arts. 9.3 del PIDCP, 8.1 de la CADH y la doctrina sentada por la CSJN *in re Fallos,* 272:188, 298:50, 301:197, entre muchos otros— dista de aquellos que fueron materia de agravio en el recurso ante este Tribunal, los que, conforme señalé en mi voto de fecha 28/11/2006, si bien eran enunciados bajo el rótulo

transcripto, apuntaban, principalmente, a cuestionar la interpretación realizada de una ley local y otra común por los jueces de mérito; situación que se refleja en los votos de los jueces Conde y Maier —al que adhirió el Dr. Casás—, que así lo entendieron conforme surge de los puntos 1 y 3 de sus respectivos votos. Consecuentemente, dicho planteo, tal como es formulado por la Defensora General Sustituta en el recurso extraordinario, comporta una reflexión tardía, por lo que corresponde denegar el recurso interpuesto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la señora Defensora General sustituta a fs. 59/71 es admisible por ser deducido contra una resolución (del 28/11/2006), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

Contiene además un relato de los hechos relevantes de la causa, y desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida.

2. El recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal —violación del debido proceso— que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a garantías procesales tuteladas por los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22 de la C.N.

Respecto del carácter de equiparable a definitiva de la decisión recurrida, estamos aquí frente a uno de esos casos en que el fondo del asunto es inseparable de las cuestiones que hacen a la admisibilidad de los remedios procesales —dado que lo sujeto a discusión es si la continuación misma del proceso afecta la garantía de ser juzgado en un plazo razonable—, razón por la que considero que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 59/71.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 55, punto 2.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XVI

"GCBA C/KRUPTIZKY, JAIME S/EJECUCIÓN DE MULTA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.
Pérdida de actualidad de los agravios. Cuestión abstracta.

Expte. nº 4231/05 - 28/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa del señor Jaime Kruptizky interpuso un recurso extraordinario federal (fs. 97/112 vta.) contra la decisión de este Tribunal de fecha 8/2/2006 que hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 46/58 vta., revocó la resolución del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 19 —que había declarado prescripta la acción ejecutiva de oficio— y, en consecuencia, ordenó la sustanciación de la ejecución fiscal con arreglo a las normas que informan la materia —arts. 450 y concs. del CCAyT— (fs. 81/85).

2. Al contestar el traslado del recurso conferido a fs. 113, el representante legal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresó que se allanaba a la prescripción articulada por la parte ejecutada (fs. 115).

Ante ello, se suspendió el trámite del recurso y se remitieron los autos al juez de grado para que se expidiera al respecto y, una vez firme el decisorio, devolviera la causa al Tribunal (fs. 121).

3. El día 1º/11/2006 el titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 19, resolvió "hacer lugar a la prescripción planteada por la ejecutada, en la presente ejecución de multa seguida contra Jaime Kruptizky en virtud del allanamiento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y archivar el expediente" (fs. 127 vta.), lo que fue comunicado por la Defensora General Sustituta (fs. 132).

4. El 27/11/2006, se recibieron nuevamente las actuaciones en el Tribunal (fs. 130). Al advertir que la resolución del 1º/11/2006 no había sido notificada al último domicilio constituido por el apoderado del GCBA,

el señor juez de trámite dispuso efectuar la mencionada diligencia (fs. 135). Una vez firme la sentencia notificada a fs. 136/vta., volvieron los autos al acuerdo (fs. 137).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La resolución del juez de grado que declaró prescripta la acción ejecutiva objeto del presente proceso y dispuso el archivo del expediente ha quedado firme.

En consecuencia, los agravios planteados en el recurso extraordinario federal deducido por la defensa han perdido actualidad y, por ello, resulta inoficioso pronunciarse al respecto.

En este sentido, es sabido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en su constante jurisprudencia que: *a)* sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (*Fallos*, 298:33; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555, 891, 313:701 y 318:550, entre muchos otros); y *b)* sólo puede ejercer sus atribuciones jurisdiccionales cuando se somete a su decisión un caso concreto y no una cuestión abstracta (doctrina de *Fallos*, 218:590; 243:146; 266:148; 313:701; 316:664; 319:1558; 320:2601).

Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde declarar abstracta la cuestión planteada, denegar el recurso extraordinario federal deducido por la defensa del señor Kruptizky y devolver el expediente al juzgado de origen a sus efectos.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE y los jueces LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En virtud de la declaración de prescripción dictada por el señor juez de primera instancia, el recurso extraordinario federal oportunamente interpuesto se tornó abstracto por lo que corresponde su rechazo.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 97/112 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan los autos al juzgado de origen.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XVII

"ASOCIACIÓN CIVIL COMISIÓN DE VECINOS DE FLORES C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Caso constitucional. Requisitos. Identificación precisa de la norma de alcance general. Mención del precepto constitucional presuntamente afectado. Conexión entre la norma de alcance general y las cláusulas constitucionales y las razones en que se sustenta la tacha de inconstitucionalidad. Norma derogada. Impugnación *in totum* de la ley 449, decretos y disposiciones reglamentarias. Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires. Procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental. Derecho a gozar de un ambiente sano.

Expte. nº 4983/06 - 28/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil Comisión de Vecinos de Flores, en la persona de su Presidente, promovió "acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ley 7, art. 16, inc. 2º, ley 402, tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 449 "Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", dec. 1929/06, demás decretos y disposiciones reglamentarias de dicha ley ... por entender que se encuentran vulnerados normas de jerarquía constitucional, como ser el art. 43 de la C.N., art. 14 de la Constitución del estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y art. 30 de la ley nacional, t.o. 25.675, 'Política Ambiental Nacional' ..." (fs. 5 y vta.)

De las farragosas consideraciones que se efectúan en el capítulo IV —"Hechos"— de la demanda (fs. 5 vta. /7 vta.), puede extraerse que:

a) La actora considera que, con sustento en la ley 449, la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro otorga permisos de construcción de "edificaciones en altura" en violación a lo establecido por los arts. 26, 27, incs. 2º y 7º, y 14, CCBA; el art. 43, 2º párrafo, C.N. y el art. 30 de la ley nacional 25.675 (fs. 5 vta./ 7), en la medida de que no requiere con carácter previo a la concesión de tales habilitaciones "ningún tipo de informe a las empresas prestadoras de servicios a los fines de que las mismas garanticen que podrán continuar brindando los mismos normalmente, ni mucho menos efectúa un estudio de impacto ambiental vinculante, ni dando debida vista o permitiendo la participación de las organizaciones vecinales a los fines de conceder o no dicho permiso" (fs. 7).

b) Con respecto al dec. 1929/06 del ejecutivo local, si bien refiere que suspendió por el término de noventa días —en los barrios Villa Urquiza, Coghlan, Núñez, Palermo, Villa Pueyrredón y Caballito— el trámite de los permisos de obra nueva o ampliación de viviendas de tipo multifamiliar o colectivas cuando su altura supere al correspondiente a un distrito de baja densidad, estima que deviene inconstitucional por afectar el principio de igualdad, ya que "la administración continúa permitiendo la continuidad de obras en curso" (fs. 6 vta.) perjudicando "a los habitantes de toda la ciudad en su conjunto (...) y no con exclusividad a los vecinos de los barrios alcanzados por la medida" (fs. 6 vta.).

También se requirió en la demanda el dictado de una medida cautelar (fs. 5 vta. y 7 vta./ 9 vta.)

2. A fs. 32/33 el Dr. Jorge Horacio García Tanus adhirió por derecho propio a la demanda instaurada por la Asociación Civil y además la amplió, solicitando la inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 452 y del art. 13 de la ley 123 por colisionar con los arts. 41, C.N. y 29, CCBA.

El primero de ellos porque derogó a su modo de ver "arbitrariamente el art. 14 de la ley 123, que catalogaba las obras edilicias multifamiliares en altura como de impacto ambiental medio" (fs. 32 vta.).

En cuanto al segundo porque determina discrecional y arbitrariamente la diferencia entre "'impacto ambiental con relevante efecto', de 'mediano impacto ambiental'" (fs. 32 vta.).

3. A fs. 39/40 el Tribunal no hizo lugar a la medida cautelar requerida en el escrito inicial, conforme a su reiterada jurisprudencia acerca de que el dictado de tales medidas no es compatible con la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

4. A fs. 94, punto 2.1, se tuvo por parte a las personas que allí se detallan, que se presentaron por derecho propio a fs. 89/93 y adhirieron a la acción promovida a fs. 5/11 y 32/33.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Los actores están legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, incs. 1º y 2º, de la ley 402.

2. En primer lugar, considero pertinente señalar que el dec. 1929/06 ha sido derogado por el dec. 220 de fecha 9/2/2007, publicado en el *B.O.* el 16/2/2007.

Ello obsta a la admisibilidad de la acción a su respecto, puesto que el análisis sobre la constitucionalidad de normas derogadas trasciende la competencia prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA (conf. TSJ *in re* "Ortiz Basualdo, Susana M. y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 32/99, resolución del 4/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, pp. 76 y ss.)

3. En lo que concierne a las restantes normas impugnadas, la demanda presenta defectos insalvables en los términos del art. 19, inc. 2º, ley 402, que también obstan a su admisión formal.

En múltiples ocasiones este Tribunal ha explicado que las impugnaciones que se realizan por la vía de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben cumplir ciertos requisitos básicos. Concretamente, el accionante debe: *a)* identificar de manera precisa la norma de alcance general que se considera inválida; *b)* mencionar el precepto constitucional presuntamente afectado por la vigencia de la norma que se objeta; y *c)* explicar claramente la conexión entre las normas de alcance general objeto de tacha y las cláusulas constitucionales invocadas y las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 56, y "Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 16/8/2000, entre otros).

Como se verá seguidamente, la acción *subexamine* no satisface adecuadamente los recaudos apuntados.

En primer lugar, la impugnación *in totum* de la ley 449 "y de los demás decretos y disposiciones reglamentarias" efectuada en la demanda por la Asociación Civil Comisión Vecinos de Flores y en las posteriores

adhesiones, no cumple con la carga de identificar con precisión la o las reglas particulares del orden jurídico local que se pretende que sean excluidas. La petición de inconstitucionalidad debe citar con absoluta puntualidad el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no corresponde que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto (conf. doctrina del Tribunal en las causas "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, resolución del 15/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 620 y "Oliveto, Noemí Flavia y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2660/03, sentencia del 11/2/2004, entre otros).

En el *sub lite*, esta carga no ha sido satisfecha por los actores que se han limitado a identificar la ley 449 y el derogado dec. 1929/06 —no así los "demás decretos y disposiciones reglamentarias"— y a cuestionarlos en forma global, sin individualizar las normas generales que pudieran estar contenidas en ellos que consideran inconstitucionales.

En segundo y tercer lugar, también adolece la demanda de precisión en orden a cuáles son los preceptos constitucionales afectados y cuál es la relación entre éstos y las normas que cuestiona. La simple mención de diversos artículos de los plexos normativos fundamentales local y nacional e, incluso, de una ley nacional —la simple contraposición de normas locales con leyes nacionales constituye una cuestión, en principio, ajena al objeto de la acción del art. 113, inc. 2º, CCBA (conf. "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 703/00, resolución del 11/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 98 y ss.)— no es siempre suficiente a esos efectos, cuando no se da certeza acerca de cuál o cuáles son las reglas en ellos contenidas que se consideran afectadas. Y esto resulta más patente en tanto no se brinda una explicación clara de la conexión inmediata que existe entre las normas de alcance general objeto de tacha y las cláusulas constitucionales invocadas y las razones en las que se sustenta el pedido de inconstitucionalidad.

En efecto, como se señaló *supra*, en el "resulta", del desordenado relato del escrito inicial de demanda, ha podido extraerse que la imputación central de inconstitucionalidad formulada por los actores respecto de la ley 449 es que no estaría prevista la exigencia de un informe previo —al otorgamiento de permisos de obra para "edificaciones en altura"— a las empresas prestadoras de servicios, a los fines de que las mismas garanti-

cen que podrán continuar brindando los mismos normalmente, ni tampoco estaría contemplado un estudio de impacto ambiental vinculante, ni —asimismo— estaría establecida una "debida vista" o "participación de las organizaciones vecinales a los fines de conceder o no tales permisos de obra.

Pues, bien, no hay una explicación razonada, sistemática y circunstanciada acerca de por qué, en forma concreta, tales presuntas omisiones constituyen "inobservancias" de lo establecido por el art. 26 de la CCBA, que se refiere al ambiente como patrimonio común, al derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano, al deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras, al daño ambiental y la obligación prioritaria de su recomposición, a la calificación del territorio de la Ciudad como no nuclear, al derecho de toda persona, a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.

Lo propio ocurre en relación al art. 27, inc. 2º y 7º, CCBA, en donde, en particular, se alude a la política de planeamiento y gestión del ambiente urbano que la Ciudad debe desarrollar, y a la instrumentación de un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueva, entre otras cuestiones, la preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora, y la regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habitabilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado.

Más evidente resulta ello aún en relación al art. 14 de la CCBA que establece la acción de amparo, y al art. 43, 2º párrafo de la C.N., que se refiere a la legitimación en la acción de amparo para los supuestos que allí se mencionan.

Es decir que, más allá de la incongruencia que se verifica en relación a algunas de las normas que se dicen vulneradas, la demanda no logra articular una explicación mínima que conecte de manera directa los diversos tópicos que conciernen a los artículos de las constituciones local y nacional —que considera afectados— con las eventuales omisiones que acusa a la normativa impugnada.

Por otra parte, la actora ni siquiera se ha hecho cargo de que varias de las cuestiones que plantea como presuntas omisiones de la ley 449, se hallan reguladas en otras normas locales (v. gr. ley 123, que reglamenta el art. 30, CCBA, y determina el procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental; ley 71 que reglamenta los arts. 27 y 29 de la CCBA; o ley 303 de "Información ambiental"). Incluso, que la propia Constitución de la Ciudad establece en el citado art. 30 —que, inexpli-

cablemente, ninguna referencia ha motivado en la demanda— la exigencia ("obligatoriedad" dice la norma) de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de "relevante efecto" y de su discusión en audiencia pública, sin que el intento que realiza el coactor García Tanus en su ampliación de demanda tenga la relevancia suficiente —como se verá seguidamente— para variar la suerte de la demanda.

En efecto, la inconstitucionalidad impetrada —en la "ampliación de demanda" de fs. 32/33— de los arts. 13 de la ley 123 y 13 de su modificatoria. La ley 452, también deberá ser formalmente rechazada, toda vez que, si bien en este caso se individualiza las normas cuestionadas, una vez más se incurre en la falta de precisión respecto de los preceptos constitucionales concretamente afectados —como se verá abajo, sólo hay una mención genérica de los arts. 41, C.N. y 29, CCBA—, y en la ausencia de una consecuente vinculación y motivación de unos y otros preceptos, cuestiones que, como ya se explicó más arriba, son presupuestos condicionantes inexcusables de la acción intentada.

El actor expresa que el "art. 13 de la ley 123 cataloga las actividades, programas, proyectos y emprendimientos de impacto ambiental con relevante efecto...". También agrega que el art. 14 de dicha ley "lo hacía... respecto a las obras de Mediano Impacto, entre las cuales en su inc. a) mencionaba 'la construcción de edificios, de acuerdo con las condiciones que fije la reglamentación' (ergo, ley 449, ya cuestionada)". Por otro lado dice que el "art. 13 de la ley 452 deroga arbitrariamente el art. 14 de la ley 123, que catalogaba las obras edilicias multifamiliares en altura como de impacto ambiental medio". Y de todo esto colige que "va en detrimento del tan conocido como ausente 'plan urbano ambiental' y vulnera las normas constitucionales de jerarquía superior antes invocadas (ley General de Ambiente) ya que una deroga arbitrariamente un remedio menor, que sería el de considerar a las obras edilicias en altura para vivienda multifamiliar como de 'Mediano' impacto ambiental y habilitar a la administración a que tome medidas conducentes y necesarias a tales efectos".

Paralelamente agrega que "el art. 13 de la ley 123 no determina más que discrecional y arbitrariamente la diferencia entre 'impacto ambiental con relevante efecto', de 'mediano impacto ambiental', sobre todo cuando precisamente los efectos de uno y otro son lo que no se puede determinar *ab initio*", añade que "no puede catalogarse de relevante o mediano una obra de infraestructura o edilicia común de acuerdo estándares basados simplemente en superficies, si no en una situación que bien debe analizarse con un plan a largo plazo y en un marco general donde la sumatoria de obras edilicias en altura no colapsen los servicios de energía eléctrica,

gas, agua, el tratamiento de los desechos cloacales", y concluye que "a estos factores no puede escapar los efectos de una superpoblación no controlada, su impacto en los servicios públicos de transporte, los medios de comunicación y un sin número de situaciones que la normativa de la Ciudad no prevé, o bien prevé de manera insuficiente en la ley o bien cuando pudo haber empezado a prever optó por derogar".

En todas estas consideraciones —en las que una vez más debe criticarse su anarquía— sólo hay descripciones, afirmaciones y opiniones pero no explicaciones concretas acerca de que manera los preceptos contenidos en los arts. 13 de las leyes 123 y 452 se conectan o relacionan directamente con las normas contempladas en los arts. 41 de la C.N. y 29 de la CCBA y, en particular, con qué tópicos de ellas, ya que el art. 41 de la C.N. se refiere tanto al derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; al deber de preservar ese ambiente; a la obligación prioritaria de recomponer —en los términos de la ley— el daño ambiental; al deber de las autoridades de proveer a la protección de este derecho; a la utilización racional de los recursos naturales; a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica; a la información y educación ambientales; a las facultades de la Nación para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente; a las facultades de las provincias de dictar las necesarias para complementar las normas nacionales, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales; y a la prohibición de ingresar al territorio nacional residuos radiactivos o no radiactivos, actual o potencialmente peligrosos. En tanto que el art. 29 de la constitución local atañe a la facultad de la Ciudad de definir un Plan Urbano y Ambiental, elaborado con participación transdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias; a las mayorías con que debe ser aprobado; y al carácter de ley marco que tiene ese "Plan", al que debe ajustarse el resto de la normativa urbanística y las obras públicas.

El codemandante no sólo omitió relacionar circunstanciada y minuciosamente cada uno de los concretos preceptos locales cuestionados con cada uno de los preceptos constitucionales que menciona afectados, sino que, además, en su discurrir acerca de la inconstitucionalidad de los arts. 13 de las leyes 123 y 452 omitió toda consideración acerca de: *a)* lo ya referido sobre el art. 30 de la CCBA, y, en particular a la calificación de "relevante efecto" al que la norma constitucional se refiere, al alcance de tal calificación en función de lo prescripto en el anexo ("glosario de términos y abreviaturas") de la propia ley 123 —ver "impacto ambiental suscepti-

ble de relevante efecto"— y, eventualmente, en la reglamentación que, conforme a la "definición" mencionada, corresponde dictar a la autoridad de aplicación, tal como el dec. 1352/02 reglamentario del aludido "Procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental"; *b)* el art. 5º de la ley 123 que prevé —acorde con la norma constitucional recién mencionada y en lo que aquí interesa— que cualquier proyecto de "construcción, modificación y/o ampliación... susceptible de producir impacto ambiental de relevante efecto, debe[ ] someterse a una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) como requisito previo a su ejecución y desarrollo, y cuando correspondiera, previo a su certificado de uso conforme, habilitación o autorización ..."; y *c)* el carácter "enunciativo" de la lista contenida en el art. 13 de la ley 123 (así lo dice expresamente la misma norma) que enumera "actividades, proyectos, programas y/o emprendimientos que se presumen como de Impacto Ambiental con relevante efecto".

4. En conclusión, frente a la evaluación de admisibilidad de la acción prevista en el art., 113, inc. 2º, CCBA, el problema que presenta la demanda en estudio es que no contiene fundamentos constitucionales; pues —como sostuve en mi voto en "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4884/06, resolución del 1º/11/2006— "no pueden ser considerados tales las meras aserciones, opiniones y pronósticos del accionante. No basta, para dar curso a su tramitación, con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo formulado no presenta la entidad y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza, por la que se puede llegar a abrogar una norma de carácter general. // La declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad institucional, por lo que corresponde exigir a quien pretenda obtenerla un sustento argumental sólido que contenga la propuesta de un debate constitucional serio y fundado, notas que no se advierten presentes en la demanda interpuesta".

5. Por lo expuesto considero que la acción de inconstitucionalidad planteada resulta inadmisible.

Los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

Nos adherimos al voto de la señora jueza de trámite.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por Ana María Conde, por las razones que expondré.

Entiendo que la demanda no puede prosperar. Quienes accionan no logran articular un caso constitucional apto para habilitar la competencia establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA ya que no cumplen adecuadamente con lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402. Este último exige por un lado la mención precisa de las normas que el accionante estima contrarias a la C.N. o a la CCBA; y por otro el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión.

Respecto de la carga de identificar con precisión las reglas particulares del orden jurídico local cuestionadas, este Tribunal ha sostenido que se "deben citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto (conf. "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, p. 620).

Respecto de la fundamentación que da origen a la demanda, también se ha sostenido en el precedente citado, que la impugnación *in totum* de una norma sólo será admisible cuando quienes demandan expresen las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la misma, carga que no ha sido cumplida en esta demanda. Asimismo el Tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 20/6/2000).

Tal como ya ha sostenido el Tribunal desde sus primeros pronunciamientos "es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalín Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 1, p. 59).

Cuando la supuesta violación a derechos o garantías pueda abarcar múltiples situaciones, y ser entendida en muy diversos sentidos y con alcances disímiles, quien acciona debe establecer con meridiana claridad cual es la relación que establece entre los preceptos constitucionales que menciona y las normas infraconstitucionales que denuncia. Tanto más en procesos peculiares, con control abstracto de inconstitucionalidad y compe-

tencia originaria del Tribunal, porque no se trata de que sean los jueces quienes definan los límites de la lesión si la hubiera, o lo que es aún más grave, el tipo de agravio de que se trata.

2. Por fin la presentación es en general poco precisa y confusa, aún en cuanto a la vía elegida. Valga como ejemplo la mención del art. 14, CCBA y del art. 43 segundo párrafo de la C.N., contenida en el apartado IV del escrito de inicio (fs. 6). Esas normas, como es obvio, regulan el amparo y no la acción prevista por el art. 113, inc. 2º de la CCBA.

3. Los accionantes, en síntesis, no aportan fundamentos suficientes para sustentar su pretensión, ni vinculan de manera directa las normas que intentan atacar, con los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entienden vulnerados. En consecuencia, voto por declarar inadmisible la demanda.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana M. Conde, y agrego que el hecho de la derogación de una norma impugnada puede, eventualmente, no fundar el rechazo de la acción prevista en el art. 17 de la ley 402.

Tal situación se observa, por ejemplo, en el caso "Ortiz Basualdo", en el cual quedó expuesta la discusión del Tribunal —en su integración originaria— al respecto ("Ortiz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 32/99 SAO y los autos acumulados "Murphy, Diana María c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 33/99 SAO y "López Alconada [h], José M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 34/99 SAO, resolución del 4/6/1999).

Pero éste no es el caso discutido, pues el decreto que impugna la accionante y al que se refiere la señora jueza de trámite no sólo tenía una vigencia meramente temporaria, ya vencida, sino que, además, no repercute en conductas anteriores y sus consecuencias.

Por lo expuesto, considero que la acción de inconstitucionalidad planteada resulta inadmisible.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada en autos.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XVIII

"MARTÍNEZ, MARÍA DEL CARMEN S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MARTÍNEZ, MARÍA DEL CARMEN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Fundamentación. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Derecho infraconstitucional. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4821/06 - 28/2/2007

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María del Carmen Martínez promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad "por la afectación de los derechos a la salud, seguridad y medio ambiente, que ocasionan el actuar omisivo del Poder de Policía que debe ejercer sobre el predio público" de las Facultades de Agronomía y Ciencias Veterinarias. Manifiesta que en dicho predio se comenzó a realizar "una nueva obra de amplias dimensiones" y que ésta "se encuentra prohibida por la calificación de Urbanización Parque que surge del Código de Planeamiento Urbano y por la falta de estudio de impacto ambiental exigido por la legislación local" (fs. 1/14). Alega daño "al ambiente", a la "flora" y a la "fauna", "contaminación del aire", "contaminación por combustión de los automóviles y su combinación con la desaparición de espacios verdes", "destrucción del microclima" y "daño al paisaje". Solicita "la prohibición en el referido predio de toda construcción, alteración, restricción o disminución de los espacios verdes y de utilización pública y gratuita, que no hayan sido objeto previamente de estudio de impacto ambiental así como de autorización" (fs. 1). Como medida cautelar solicita que "se ordene la paralización inmediata de la obra que se

encuentra realizando en el predio de la Universidad de Buenos Aires". "...prohibiendo que en el futuro se realicen allí cualquier tipo de construcción, que implique la disminución de las áreas verdes y del espacio público y gratuito, así como cualquier acción que implique la modificación y/o reducción y/o alteraciones en el acceso a las actuales áreas abiertas al público" (fs. 10 vta.).

2. El GCBA, al producir el informe que prescribe el art. 8º de la ley 16.986, plantea la inadmisibilidad e improcedencia de la acción y solicita se corra traslado de la acción a la Universidad Nacional de Buenos Aires (fs. 15/23).

3. La jueza de primera instancia hizo lugar a la citación de la Universidad Nacional de Buenos Aires, y a la medida cautelar peticionada, ordenando al GCBA que adopte las medidas necesarias para que se paralice la ejecución del edificio que se está realizando en el predio de las Facultades de Agronomía y Ciencias Veterinarias (fs. 24/27 vta.).

4. La Universidad de Buenos Aires y el GCBA solicitaron el levantamiento de la medida cautelar dictada, el que fue rechazado por la jueza primera instancia. En esa misma oportunidad, la representante de la Universidad de Buenos Aires acompañó copia certificada del Certificado de Aptitud Ambiental nº 1463 otorgado por la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental de la Secretaría de Producción, Turismo y Desarrollo Sustentable del GCBA, con la categorización *Sin relevante efecto ambiental*.

5. La jueza de primera instancia, teniendo en cuenta que la ausencia del Certificado de Aptitud Ambiental "fue el nudo de la impugnación articulada por la actora", decidió declarar abstracta la cuestión planteada e impuso las costas a la demandada (fs. 52/54).

6. Contra esa decisión, interpusieron recurso de apelación la actora y el GCBA, los que fueron rechazados por la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 82/85).

7. La Sra. Martínez interpuso entonces, recurso de inconstitucionalidad (fs. 87/92 vta.) el que fue declarado inadmisible por la Cámara (fs. 104 vta.), resolución que motivó la presentación de un recurso de queja ante el Tribunal (fs. 106/112).

8. A fs. 138, la Sra. Martínez denuncia como hecho nuevo la sentencia recaída en el expte. nº 4328/0 "Martínez, María del Carmen y otros c/GCBA s/impugnación actos administrativos", por considerar que de dicha sen-

tencia "surgen controversias entre las resoluciones de los jueces actuantes", ya que en la misma se interpretó que la categorización debe realizarse en base al conjunto de lo edificado y no a cada obra aisladamente (fs. 144 vta.).

9. El Fiscal General, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 147/149 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre desarrollar un caso constitucional con la seriedad y contundencia que un recurso de esta naturaleza requiere, extremo que no se verifica en la presente causa. Para cumplir adecuadamente con el recaudo formal de una correcta fundamentación se requiere un relato claro y sucinto de los hechos de la causa, de la cuestión constitucional en debate y de la relación que existe entre ellos, como así también una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se basa el fallo apelado.

Por el contrario, la actora, a pesar de su esfuerzo, no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad, es decir la ausencia de un caso constitucional; más allá de manifestar que la sentencia de Cámara tiene gravedad extrema al privarla "del derecho a obtener una decisión que importe la aplicación razonada del derecho vigente" (fs. 108 vta.), lo que a su entender, es una cuestión constitucional suficiente.

3. En efecto, en el recurso de inconstitucionalidad sólo se invoca, de forma genérica y escueta (fs. 88), el art. 27 de la Constitución de la Ciudad —incluido dentro del Capítulo IV, titulado "Ambiente"—, pero sin exponer en un argumento formalmente adecuado, un caso constitucional. Es decir, el caso constitucional se encuentra sólo vagamente mencionado, pero no está expuesto ni desarrollado.

Cabe recordar, al respecto, que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal

in re "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000).

Como tiene dicho este tribunal, el órgano al que compete el juicio de admisibilidad del recurso debe constatar que éste no sólo cumpla con los recaudos formales sino también que contenga agravios constitucionales reales y no aparentes; lo que, claramente, no importa que se pronuncie sobre ellos; pero sí que discrimine la mera invocación genérica de preceptos, principios, derechos y garantías o la reiteración de argumentos ya tratados, de una concreta impugnación constitucional del fallo. El recurso de inconstitucionalidad es una vía de revisión extraordinaria y, por ello, acotada, por lo que su apertura sólo cabe cuando el planteo involucra una concreta cuestión constitucional. (Del voto de los jueces Conde, Casás y Muñoz en TSJBA, causa nº 2212/03, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación", resolución del 11/6/2003).

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

4. En consecuencia, al no plantear en forma correcta ni en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja un caso constitucional, los agravios de la actora se circunscriben a debatir cuestiones ajenas, por regla, a la vía recursiva intentada, como lo son las cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional; en particular, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental previsto por la ley 123, que no fue.

5. En cuanto a la tacha de arbitrariedad de la sentencia (fs. 108), el Tribunal ha establecido que ésta debe ser apreciada estricta y restrictivamente, pues, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de la arbitrariedad atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando a causa de ellos esos

fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

En su presentación, la Sra. Martínez manifiesta que "el fallo adolece de graves vicios que lo descalifican como acto jurisdiccional" (fs. 108), y procura fundar la existencia de arbitrariedad de sentencia por "carencia de fundamentos" y "por contradicción e incongruencia", pero su intento carece de la solidez que el planteo exige.

Por el contrario, la Cámara ha fundado de forma suficiente su decisión de entender agotado el objeto de la presente acción al no subsistir la omisión que motivara el amparo. En forma expresa señaló que la decisión no implica pronunciamiento acerca de la legalidad de la categorización de la obra como "sin relevante efecto", pues tal cuestión no integró la litis. Idéntico argumento cabe sostener ahora respecto al hecho nuevo denunciado en autos por la actora.

En suma: la discrepancia de la parte con el razonamiento efectuado por la Cámara no basta para establecer que la decisión objetada, más allá de su acierto o error, pueda ser considerada arbitraria, por lo que la queja planteada debe ser rechazada también a este respecto.

En mérito a lo expuesto, considero que la queja planteada debe ser rechazada.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana M. Conde. Como ya lo expresara múltiplemente, el rechazo del recurso resulta todavía mas claro a tenor del criterio que sostengo sobre el motivo de *arbitrariedad,* expresado en la sentencia dictada (ver mis votos *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565, sentencia del 26/5/2005 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792, resolución del 29/6/2005).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la Sra. María del Carmen Martínez (en adelante, la "Sra. Martínez") a fs. 106/112 fue deducido en tiempo. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. El escrito de la recurrente no logra rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad.

Los magistrados señalaron en la resolución de fs. 104/104 vta. que en lo sustancial, lo tratado en el decisorio recurrido serían "cuestiones de hecho, procesales y relativas al sentido y alcance asignado a disposiciones de la ley 123". Destacaron que no se lograba demostrar y conformar "en forma detallada, clara y precisa un efectivo caso constitucional" con una relación directa con el pleito.

La queja de la Sra. Martínez no logra poner en crisis el auto denegatorio. No se advierte una sola línea en el recurso directo que conecte el fallo atacado con la violación de ninguna garantía constitucional, ni mucho menos que indique de qué forma el decisorio impugnado le causa algún gravamen a la recurrente.

Lo expuesto basta para rechazar el recurso interpuesto a fs. 106/112.

3. En efecto, la solución del caso de autos remite a situaciones fácticas que son interpretadas a la luz de las disposiciones de la ley 123 y CC y del Código de Planeamiento Urbano (ley 449 y CC), es decir, de normativa infraconstitucional cuya validez a la luz de la CCBA o de la C.N. no fue impugnada por la recurrente.

4. El recurso directo denuncia también la supuesta arbitrariedad de la sentencia de Cámara y del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, pero no logra dar razones suficientes que sostengan aquella calificación.

5. Por las razones expuestas, voto por no hacer lugar a la queja intentada.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por María del Carmen Martínez a fs. 106/112.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MONTI, SEBASTIÁN ANDRÉS Y OTRO S/INF. ART. 96 DEL CC —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Acuerdo de suspensión del proceso a prueba. Cuestión abstracta. Gravamen inexistente.

Expte. nº 4901 - 28/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensa Oficial de Sebastián Andrés Monti interpuso un recurso de queja (fs. 42/53) contra la resolución de la Sala II (fs. 36/39), por la cual se declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 20/35) intentado contra la decisión del *a quo* (fs. 14/18) que confirmó el interlocutorio dictado en primera instancia (fs. 4/5), en cuanto rechazaba la suspensión del juicio a prueba respecto del imputado, en los términos del art. 45 de la ley 1472, en virtud de la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal.

En el recurso de hecho, el defensor comenzó por afirmar que el *a quo* se habría excedido en el examen de admisibilidad y asimismo señaló que, a diferencia de lo apuntado por la alzada, la resolución que rechazó la solicitud de suspender el proceso a prueba era equiparable a sentencia definitiva, en función de algunos precedentes de la CSJN (*Fallos*, 320:2451 y 325:3229, entre otros). Resumidamente, reiteró que la sentencia inicialmente objetada, importaba una afectación: *a)* del principio de legalidad, en tanto se restringía indebidamente la procedencia de un instituto previsto a favor del imputado; *b)* del principio de razonabilidad, por cuanto se consentía que la acusación rechazara discrecionalmente —y sin ningún control judicial— "un derecho" del encartado a suspender el proceso; *c)* de la igualdad ante la ley, ya que a Monti se le denegaba arbitrariamente la suspensión del juicio mientras que a su coimputado se le habría dado tal posibilidad; y *d)* del sistema acusatorio, pues se atentaría contra el "equilibrio" que debiera imperar entre las partes. Finalmente, el defensor solicitó la exención del depósito del art. 34 de la ley 402, por su condición de tal, o subsidiariamente su inconstitucionalidad en el caso concreto.

2. El Fiscal General Adjunto coincidió con los fundamentos expuestos por la Cámara en orden a que, en autos, no se recurre un auto equiparable a sentencia definitiva. Asimismo manifestó que "el r[é]gimen de suspensión de juicio a prueba en materia contravencional no tiene la misma naturaleza que el penal, pues en nuestra legislación se trata de un acuerdo entre partes" y "no puede forzarse la voluntad de una de las partes independientes", y por lo demás señaló que tampoco se advertía caso constitucional alguno "toda vez que el defensor oficial intenta sin éxito otorgar una naturaleza diferente a un instituto de raíz puramente legal, como es la suspensión del juicio a prueba, cuestionando [las] facultades que son, claramente, exclusivas del Ministerio Público Fiscal en el marco de un sistema acusatorio" (fs. 58/59).

3. Sustanciado el recurso, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. Sin embargo, posteriormente, la titular del Juzgado de 1ª Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 16 comunicó al Tribunal que, con fecha 9/2/2007, se aprobó el acuerdo celebrado por las partes en cuanto suspendía el proceso a prueba por el término de doce meses (fs. 61/63).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Más allá de lo interesante de la discusión en torno a las potestades que la ley contravencional local pareciera poner, exclusivamente, en cabeza del Ministerio Público Fiscal y sin siquiera entrar a considerar si la resolución recurrida podría, por sus efectos, y *excepcionalmente*, ser equiparada a una sentencia definitiva (art. 27, ley 402), lo cierto es que la cuestión sometida al juzgamiento del Tribunal ha devenido abstracta a raíz de la celebración de un acuerdo de suspensión del proceso a prueba entre las partes (fs. 61/63).

Ciertamente resultaría inoficioso un pronunciamiento sobre el posible (in)cumplimiento de los requisitos formales y materiales propios del remedio intentado, por cuanto, a todo evento, se advierte que la efectiva celebración del citado acuerdo evidencia una total ausencia de actualidad con relación a los supuestos agravios constitucionales invocados por el defensor oficial. En efecto, en esta presentación directa, el recurrente cuestionó la oposición del acusador, por no haber acordado la suspensión del proceso a prueba con su asistido. Dicho "obstáculo" ha sido removido y, por causas que no es preciso desentrañar en esta oportunidad, ha "desaparecido de hecho" la denunciada imposibilidad de acceder al beneficio regulado en el art. 45 de la ley 1472.

En consecuencia, resulta de aplicación la inveterada doctrina según la cual "el requisito de[l] gravamen no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tornado inoperante, cuando éste ha desaparecido de hecho o ha sido removido el obstáculo en que se asentaba" (*Fallos*, 306:1160;

310:819), y su inexistencia importa, por regla, la desaparición del "poder de juzgar" (*Fallos*, 311:787) en el caso concreto.

2. Por lo expuesto, sólo resta desestimar la presente queja y, en tanto las razones que obstan a su admisibilidad son posteriores a su interposición y extrañas a la defensa —porque la oposición, más allá de su acierto o error, fue puesta de manifiesto por el representante del Ministerio Público Fiscal—, no corresponde intimar depósito alguno (voto del doctor Luis Lozano, al que adherí, en autos "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ciardullo, Roberto s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3820/05, sentencia del 18/5/2005; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alberganti, Christian Adrián s/art. 68 CC —apelación'", expte. nº 4328/05, sentencia del 15/3/2006).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En virtud de la aprobación por parte de la señora jueza de primera instancia del acuerdo de suspensión de juicio a prueba celebrado por las partes, la queja devino abstracta por lo que corresponde su rechazo.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Estimo que, al concedérsele al imputado posteriormente la suspensión del juicio, según consta, el gravamen, base del recurso, es o —mejor dicho— ha devenido inexistente, sin necesidad de pronunciarme sobre los demás aspectos del remedio intentado. Pese a que la queja se desestima, al ser interpuesto el recurso por el Defensor oficial, no corresponde cobrar el depósito previsto para que ella prospere (conf., entre otros, expte. 1509/02, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación—", resolución del 7/6/2002 [como juez de trámite]; expte. nº 2266, "Ministerio Público —Defensoría oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación'", sentencia del 16/7/2003, punto 3, *Constitución y Justicia* [Fallos TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 442 y s.).

Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 42/53.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XX

"IBARRA, ANÍBAL S/SAO - OTROS EN 'IBARRA, ANÍBAL S/JUICIO POLÍTICO'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Suficiencia. JEFE DE GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. Juicio político. Objeto. DESTITUCIÓN. REVISIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE LA SALA JUZGADORA DE LA LEGISLATURA. Función materialmente jurisdiccional. Cuestión justiciable. Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Garantía del debido proceso. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES PARA REVISAR LA LEGALIDAD DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Caso constitucional. Sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa. Derecho al recurso. Principio de división de poderes. Examen de la solución de fondo adoptada por la Legislatura. CUESTIÓN POLÍTICA NO JUSTICIABLE. REVISIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS PROCESALES RELATIVAS A LA GARANTÍA DE LA DEFENSA EN JUICIO. Nulidad de lo actuado por la Comisión Especial Investigadora. Alcance de la causal de mal desempeño en el ejercicio de la función. Ejercicio del poder de policía. PROCEDIMIENTO PARA LA SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO POLÍTICO. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. Falta de ley formal de regulación del procedimiento de juicio político. Invocación extemporánea de la violación de la garantía de legalidad formal. Recomposición de los miembros de la Sala Juzgadora con motivo de la renovación legislativa del año 2005. Garantía de juez natural. ALCANCE DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD DE LOS LEGISLADORES QUE COMPONEN LA SALA JUZGADORA. Alcance de la garantía de la igualdad. Derecho a un juicio público. Juzgamiento de hechos ocurridos durante el mandato vencido. Cosa juzgada.

Expte. nº 4882/06 - 26/2/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Aníbal Ibarra interpone recurso de queja contra la resolución de la Sala de Juzgamiento de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 24/8/2006, que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad impetrado contra la resolución que lo destituyó del cargo de Jefe de Gobierno de la Ciudad, en el marco del proceso de juicio político previsto por el art. 92, CCBA (fs. 1/132 vta.).

Expresa que la Sala de Juzgamiento rechazó el recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que: *a)* dicho recurso "no se halla contemplado en el ámbito de tramitación del juicio político" (fs. 123); *b)* no se demostró "en qué forma tales resoluciones han afectado completamente su derecho de defensa, así como tampoco en qué medida de no haberse producido los supuestos vicios invocados otro hubiera sido el resultado del proceso..." (fs. 123); *c)* "los supuestos agravios... constituyen una petición de nulidad por la nulidad misma" (fs. 124); *d)* "la supuesta inexistencia de fundamentación de algunos votos... (constituye) una mera disconformidad para con la ponderación efectuada por los señores legisladores en orden a los elementos de la causa, siendo ello insusceptible de revisión judicial toda vez que la evolución (o evaluación) de la conducta del acusado se efectúa a la luz de criterios políticos y no jurídicos, precisamente porque lo que está en juego es la responsabilidad política y no jurídica del mismo" (fs. 124/125).

En sustancia, afirma que debe declararse mal denegado el recurso de inconstitucionalidad por dos razones.

La primera, porque sostiene que debe asegurársele al menos una instancia judicial —en los términos de los arts. 113, inc. 3º, CCBA; art. 27, ley 402 (fs. 70); art. 8º, CADH y art. 14, nº 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fs. 126/127)— para que se revise si la decisión impugnada resulta compatible con las garantías constitucionales del debido proceso (fs. 73/83); legalidad —conf. arts. 18 y 19, C.N., 30, CADH y 13.3, CCBA—(fs. 92/99); derecho a una acusación —conf. arts. 18, C.N.; 8.2 "b" CADH y 13.3, CCBA— (fs. 99/102); juez natural —conf. arts. 18 y 109, C.N.; 8.1, CADH; 93, CCBA y art. 4º, ley local nº 54— (fs. 102/106); tribunal imparcial —conf. arts. 18, C.N. y 8.1, CADH— (fs. 106/112); y derecho a un juicio público —conf. arts. 8.5, CADH y art. 13.3, CCBA— (fs. 113/117).

La segunda razón, la considera abonada por la doctrina de la arbitrariedad en orden a la "falta de fundamento entre los votos que conforman la mayoría de la Sala Juzgadora", y a la omisión de examinar y resolver cuestiones oportunamente planteadas por la defensa que eran decisivas para la correcta solución del juicio (fs. 72 y fs. 83/92).

Asimismo, asevera el peticionario que la desestimación que cuestiona es arbitraria porque "tiene un fundamento sólo aparente", lo cual la descalifica "como acto jurisdiccional válido" (fs. 122). En función de ello solicita al Tribunal que admita la queja en los términos del art. 33, de la ley 402, ya que entiende que sólo este Tribunal tiene facultades constitucionales para ponderar si los argumentos plasmados en el recurso de inconstitucionalidad "ameritan o no la nulidad del juicio" político que se le hiciera y que concluyó con su destitución (fs. 125).

En ese orden, también requiere que se resuelva la nulidad de todo el proceso que culminó con su remoción y disponga el modo y el plazo en que deberá ser repuesto en el cargo (fs. 4).

2. El 1º/9/2006 (fs. 136) el señor Vicepresidente del Tribunal tuvo por presentado por derecho propio al señor Aníbal Ibarra y resolvió hacerle saber, de acuerdo al informe de Secretaría de fs. 135, que en atención a la conexidad existente con el expte. nº 4824/06, "Ibarra, Aníbal s/queja por retardo de justicia en 'Ibarra, Aníbal s/juicio político'" en el que previno, el Tribunal continuará integrado con el Dr. Pablo A. Bacigalupo —desinsaculado en los términos del art. 24, inc. 1º, ley 7— para reemplazar al Dr. Julio B. J. Maier, ante la aceptación de su excusación "para intervenir en toda actuación que se vincule a la resolución dictada por la Sala Juzgadora de la Legislatura que destituyó al señor Aníbal Ibarra de su cargo de Jefe de Gobierno", en razón de haberse desempeñado el apuntado juez presidiendo la antedicha Sala.

A fs. 148/149 se recibió de la Legislatura y se reservó en Secretaría las actuaciones originales del recurso de inconstitucionalidad en cuestión, oportunamente requeridas a fs. 136.

A fs. 150/151 se hizo lo propio con los siete cuerpos de las actuaciones originales del expediente "Juicio Político al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sr. Aníbal Ibarra", y con el "Incidente de recusación al Diputado Gerardo José Romagnoli" —también en un cuerpo original—, y con los ocho cuerpos de las "Copias certificadas de las versiones taquigráficas de las audiencias de la Sala de Juzgamiento", toda documentación que ya se hallaba en la sede del Tribunal según consta a fs. 151.

A fs. 153/159 también se recibió el expediente —en dieciséis cuerpos— tramitado ante la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora (nº 2021-D-05), y la documentación incorporada por los testigos durante el desarrollo del proceso ante la Sala de Juzgamiento.

A fs. 160, de conformidad a lo ordenado a fs. 136, se corrió vista al señor Fiscal General Adjunto —a cargo de la Fiscalía— para que se expi-

diera sobre todas las cuestiones planteadas en la presente causa, quien emitió su dictamen a fs. 162/172 vta. y propició hacer lugar formalmente a la queja y rechazar en lo sustancial el recurso de inconstitucionalidad impetrado.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso de queja interpuesto por el señor Aníbal Ibarra a fs. 1/132 vta. fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402).

La Legislatura, al rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, cuestiona la posibilidad de que la decisión de la Sala Juzgadora pueda ser revisada mediante el recurso previsto en el art. 113, inc. 3º de la CCBA en razón de la naturaleza política del proceso de remoción y de la falta de previsión constitucional.

Ello determina la necesidad de despejar, en primer término dos cuestiones: *1)* la posibilidad de revisión judicial de lo decidido por la Sala Juzgadora de la Legislatura en ocasión del juicio político del ex jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra y *2)* la competencia de este Tribunal para entender en esta cuestión. Ambos interrogantes se entrelazan y confluyen en un único planteo, por lo que serán abordados en conjunto, dentro del marco jurídico que le corresponde a este tipo de cuestiones.

Por otra parte, el Tribunal no puede soslayar un pronunciamiento sobre este punto en razón de que le incumbe observar de oficio los límites que la CCBA y la ley 402 imponen a su actuación.

1.1. El mecanismo de juicio político establecido en los arts. 92, 93 y 94 de la Constitución de la Ciudad ha recogido, básicamente, las características típicas del clásico instituto de los regímenes presidencialistas previsto en la Constitución Nacional (arts. 53, 59 y 60), y que tiene como antecedente más lejano el antiguo y abandonado *impeachement* inglés y, como más inmediato al contemplado —y vigente— en la Constitución de los Estados Unidos de América (conf. Ekmekdjian, Miguel Ángel: *Tratado de Derecho Constitucional*, reimpresión de la 1ª ed., t. IV, parágrafo 514: "Juicio político. Características. Acusación", punto B): "Antecedentes", pp. 203 y ss., Depalma, Buenos Aires, 2001; Hidalgo, Enrique: *Controles Constitucionales sobre Funcionarios y Magistrados. Un estudio sobre el Juicio Político y el Consejo de la Magistratura en la República Argentina*, Libro Primero: "El juicio político", Parte Primera: "Antecedentes, referencias históricas y concepto de juicio político", parágrafo B: "Historia y antecedentes del juicio político", pp. 13 y ss., Depalma, Buenos Aires, 1997; y Armagnague, Juan Fernando: *Juicio Político y Jurado*

de Enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional, Parte Primera: "Juicio político", Capítulo I: "El juicio político en Inglaterra", parágrafo V y VI: "Origen del juicio político" y "Evolución del juicio político", pp. 19 y ss., Depalma, Buenos Aires, 1995).

Por intermedio de él la Legislatura puede destituir —con fundamento en su mal desempeño, la comisión de delito en el ejercicio de la función, o la comisión delitos comunes— al titular del Poder Ejecutivo, a su vice, a sus ministros, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia y a los demás funcionarios que menciona el citado art. 92.

Del propio texto constitucional surgen normas explícitas e implícitas destinadas a regular el procedimiento, que determinan —entre otras cuestiones— la división de la Legislatura en una Sala Acusadora y otra de Juzgamiento, la composición de ambas salas, la presidencia y funcionamiento de ellas, las mayorías necesarias para acusar y destituir, el respeto al derecho de defensa, las consecuencias de la acusación, de la condena y de la absolución, el plazo máximo en el que la Sala de Juzgamiento debe culminar su tarea, etcétera.

En el ejercicio de dicho cometido constitucional, la Sala de Juzgamiento no realiza una función judicial, es decir, no decide con fuerza de verdad legal. Esto es así no sólo por su propia naturaleza, sino porque la función judicial —que puede ser considerada como especie dentro del género de la función materialmente jurisdiccional— está exclusivamente reservada al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y taxativamente vedada a los poderes Legislativo y Ejecutivo (art. 108, CCBA). A su turno, la Sala de Juzgamiento desarrolla una función que, apreciada a la luz de la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede reputarse como materialmente jurisdiccional al *juzgar* la responsabilidad política de las autoridades que la Constitución determina y, en ese sentido —y con las particularidades que más adelante se señalan—, ésta es "equiparable" a un tribunal judicial, aunque no es un tribunal judicial propiamente dicho (conf. CSJN, en las causas: "Alberto Oscar Nicosia" —*Fallos,* 316:2940—, sentencia del 9/12/1993; "Víctor Hermes Brusa" —*Fallos,* 326:4816—, sentencia del 11/12/2003; "Eduardo Moliné O'Connor" —*Fallos,* 327:1914—, sentencia del 1º/6/2004; y "Boggiano, Antonio s/recurso de queja" —Letra B, Nº 2286, Libro XLI—, sentencia del 16/8/2006; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re:* "Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú", pronunciamiento del 31/1/2001).

Este encuadre, claro está, puede ser susceptible de diversos matices desde una perspectiva histórica y sobre todo teniendo en cuenta el perfil dado al instituto que nos ocupa en la CCBA, tal como lo ha puesto de

resalto nuestro colega el Dr. Luis F. Lozano en ocasión del tratamiento de esta causa en el Acuerdo y ahora al expedir su enjundioso voto. Sin embargo, las posibles diferencias de diseño del juicio político local en relación con el previsto en el orden nacional, no proyectan efectos sobre la cuestión en tratamiento cuya dilucidación no está sujeta, en cuanto a lo que aquí se debate, a una estricta categorización del instituto.

1.2. De todos modos, es suficiente con poner de resalto que, con la sola intervención de la Sala de Juzgamiento, no puede tenerse por satisfecha la exigencia del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de rango constitucional (arts. 75, inc. 22, C.N. y 10, CCBA), en cuanto prescribe que en aquellos casos en que se invoque la violación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicho Pacto, debe haber una real posibilidad de acceder a un órgano judicial en sentido estricto. En este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —con consideraciones que deben valorarse especialmente, a la luz de la doctrina establecida por la CSJN en el precedente "Horacio David Giroldi y Otros" (*Fallos*, 318:514), sentencia del 7/4/1995— ha caracterizado al derecho reconocido por el artículo de mención como el "derecho a la protección judicial" o el "derecho a un remedio judicial" (Informe nº 30/97, caso: 10.087, "Gustavo Carranza", Argentina, del 30/9/1997 *www.cidh.org/annualrep/97span/ Argentina10.087.htm).*

1.3. En el mismo orden, debe recordarse que a partir del precedente: "Carlos Graffigna Latino y otros" —*Fallos,* 308:961—, sentencia del 19/6/1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido invariablemente que las decisiones en materia de los llamados juicios políticos en los ámbitos locales, dictadas por órganos ajenos a sus poderes judiciales, configuran cuestión justiciable cuando se invoca por la parte interesada la violación del debido proceso. Consecuentemente ha dejado sentado que esas decisiones no escapan a la revisión judicial, maguer en el limitado ámbito en que se advierta palmariamente comprometido el derecho constitucional de defensa, siendo ineficaz, para sustentar su inmunidad al escrutinio judicial, la calificación del procedimiento como una cuestión de naturaleza política no justiciable.

1.4. Este criterio encuentra sustento asimismo en los Tratados y Pactos de Derechos Humanos que integran la C.N. (art. 75, inc. 22), en particular la CADH y el PIDCyP y en la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que impone garantizar el control judicial —si bien excepcional y limitado conforme lo admiten los procesos de responsabilidad política— para asegurar el derecho del enjuiciado en relación con las formalidades que debe guardar el debido proceso (conf. doctrina de la causa "Aguirre Roca", ya citada).

1.5. No cabe soslayar, y ello sí parece determinante, que el art. 94 de la CCBA —que se refiere concretamente al trámite de juicio político— garantiza al imputado el derecho de defensa y, dentro del marco doctrinario y jurisprudencial reseñado, no es posible sostener que ella no comprende el derecho a acceder a la instancia judicial de revisión.

1.6. Establecido el carácter justiciable de la cuestión a tratar, corresponde señalar que, si bien la competencia del Tribunal Superior de Justicia no ha sido establecida de modo expreso en la CCBA —como tampoco lo fue en la C.N., ni en la norteamericana que le sirvió de modelo—, la adjudicación de la revisión judicial del proceso de responsabilidad política al máximo órgano judicial de la jurisdicción, se impone desde varios puntos de vista. En efecto, se examine la cuestión desde un enfoque estrictamente recursivo o se la examine desde la perspectiva político-institucional, la solución no varía.

1.7. En el ámbito local, el recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa. Procede cuando se controvierte la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas (arts. 113, inc. 3º, CCBA, y 27, ley 402).

1.8. A partir de lo expresado en los párrafos anteriores, y a los efectos de la procedencia formal del recurso de inconstitucionalidad, la decisión de la Sala de Juzgamiento de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, que destituyó al señor Anibal Ibarra de su cargo de Jefe de Gobierno, se erige en la sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa a los efectos de habilitar su revisión judicial por este Tribunal (art. 113, inc. 3º, de la CCBA).

Por otra parte la quejosa expuso agravios constitucionales relacionados con la alegada violación del debido proceso y el derecho de defensa, del principio de legalidad, de la garantía del juez natural e imparcial y la arbitrariedad de la decisión.

1.9. Desde el punto de mira del recurso interpuesto, en síntesis, y teniendo en cuenta que según la letra clara del art. 94 de la CCBA el imputado goza en todo momento durante el juicio político del derecho a ejercer su defensa, por los motivos expuestos precedentemente, no cabe duda que también le asiste en este caso al Dr. Aníbal Ibarra el “derecho al recurso”, pues ha invocado una supuesta afectación al “debido proceso” en el curso del trámite del procedimiento constitucional de remoción al que se lo sujetó

(conf. art. 10, CCBA, arts. 8º y 25, CADH y jurisprudencia ya aludida de la CSJN).

1.10. El análisis desde la perspectiva institucional confluye, de similar forma, hacia la competencia del Tribunal Superior de Justicia para revisar la legalidad de un proceso de responsabilidad política llevado a cabo por un órgano especial de extracción legislativa.

El juicio político constituye un proceso de naturaleza especial que pone en acción el mecanismo constitucional previsto para juzgar la responsabilidad política del Jefe de Gobierno. Esta naturaleza especial, que lo ubica por fuera de cualquier típico proceso judicial o administrativo, se vincula estrechamente con el control político entre los tres poderes del Estado e impone la actuación, como órgano de revisión judicial, del Tribunal Superior como máximo intérprete de la Constitución local.

Es relevante, además, señalar que la Constitución, al reglar el otro mecanismo previsto para separar al Jefe de Gobierno de su función (revocación popular del mandato, art. 67, CCBA), pone expresamente en cabeza de este Tribunal la misión de velar por la legalidad del procedimiento y controlar el cumplimiento de los extremos requeridos para su procedencia.

Asimismo, se advierte que el constituyente creyó apropiado que sea el Tribunal Superior de Justicia el encargado de resolver los denominados "conflictos de poderes" (art. 113, inc. 1º, CCBA), situaciones que, si bien no pueden asimilarse totalmente a la delicada cuestión que ahora nos ocupa, como lo afirma nuestro colega Luis F. Lozano en su voto, participan de una naturaleza ciertamente más cercana al juicio político que las canalizadas de ordinario a través de la típica acción contencioso-administrativa. Por lo demás, a su turno, el legislador local también decidió que fuera este estrado judicial el órgano competente para entender en los recursos deducidos contra las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento (art. 29, ley 54, reglamentario del art. 123 de la CCBA).

En suma, tratándose de procesos especiales que expresan el equilibrio entre poderes del Estado, cuya naturaleza jurídica se vincula a un orden político institucional de obvia y excepcional trascendencia, es clara la pauta que establece la Constitución local en cuanto a la intervención del Tribunal Superior de Justicia como garante máximo de la legalidad en el ámbito local.

Por último, las consecuencias institucionales que pueden derivarse de estos procesos de responsabilidad política aconsejan que el trámite no transite por las instancias ordinarias de la Ciudad. Ello así, toda vez que la adopción de una solución diversa conllevaría a una duración prolongada del trámite de la causa, generaría una inevitable sensación de "provisionalidad" en oportunidad del dictado de las sentencias de las instancias de

mérito y los vecinos, el gobierno y el propio recurrente, quedarían por regla a la espera de la decisión del Tribunal Superior de Justicia, debido al tipo de agravios que se pueden presentar y la doctrina con arreglo a la cual no concierta con el régimen imperante el hecho de que un tema —en el que se encuentre planteada una cuestión federal— no merezca por limitaciones de fuente local el conocimiento del órgano máximo de esa jurisdicción, y sí que sea propio de la Corte Suprema de la Nación (CSJN, *in re:* "Di Mascio, Juan Roque s/interpone recurso de revisión", *Fallos,* 311:2478, sentencia del 1º/12/1988.

Todas estas circunstancias, en nuestra opinión, valoradas en conjunto, conspirarían sin duda contra el buen funcionamiento del Gobierno local.

1.11. Por lo expuesto, estimamos que, desde el punto de vista formal, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y, por los agravios, que en cada caso se indican, adentrarse a resolver el recurso de inconstitucionalidad incoado, más allá de anticipar que el remedio interpuesto no habrá de tener favorable acogida.

2. A los efectos de llevar adelante una adecuada consideración de las cuestiones que agravian al recurrente, es menester integrar las pautas reseñadas previamente, especialmente en cuanto hacen al derecho de defensa del ex Jefe de Gobierno, con los parámetros constitucionales que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado en relación al tipo de proceso que nos ocupa: esto es, los llamados juicios políticos (causas: "Ricardo J. Del Val*"* —*Fallos*, 314:1723—, sentencia del 3/12/1991, "Nicosia", "A.T.E. San Juan" —*Fallos,* 317:874—, sentencia del 18/8/1994, referente al juicio político del Gobernador de la Provincia de San Juan D. Jorge Alberto Escobar; "Brusa"; "Moliné O'Connor", "Boggiano", y más recientemente en "Recurso de hecho deducido por Elda Aída Pértile en la causa 'Pértile, Elda Aída s/presentación'" —Registro del Alto Tribunal P.1174.XXXIX—, sentencia del 13/2/2007, entre muchos otros).

2.1. En primer lugar, corresponde recordar el *principio de la división de poderes*, atinente a las funciones esenciales —ejecutar, legislar y juzgar— que competen a los departamentos Ejecutivo, Legislativo y Judicial y, también, a las atribuciones, y deberes que en forma complementaria les otorga a cada uno de ellos la Constitución.

En particular, en lo que aquí interesa, la Constitución de la Ciudad puso en cabeza de la Legislatura la facultad de someter a juicio político al Jefe de Gobierno (art. 92, CCBA) y, asimismo, reservó al Tribunal Superior de Justicia la función de intérprete final de la Constitución de la Ciudad y también —en la esfera local— de la Constitución Nacional,

función que lo autoriza a controlar la validez constitucional de los actos de los otros dos poderes (arts. 106 y 113, incs. 2º y 3º, CCBA), sin que ello implique habilitarlo a avanzar en el ámbito de las atribuciones propias de ellos (conf. doctrina de fallos "Nicosia", "Moliné O'Connor" y "Boggiano").

2.2. En segundo lugar, como una implicancia forzosa e inexcusable de la naturaleza de la función materialmente jurisdiccional que realiza la Sala de Juzgamiento —a la que ya hemos aludido *supra*, en el punto 1.1—, se deriva de la obligación de observar "reglas de procedimiento que preserven las garantías de defensa en juicio y del debido proceso que debe reconocerse a toda persona sometida a un juicio" (conf. fallos "Moliné O'Connor" —considerando 7º del voto de la mayoría— y "Boggiano" —considerando 9º del voto de la mayoría— citados).

2.3. En tercer término, e intrínsecamente ligado a los dos presupuestos precedentes, resulta que la observancia de las reglas procesales relativas a la garantía de defensa en juicio adquiere el rango de materia revisable judicialmente, pero "sin que ello implique el re examen de la solución de fondo que puede dictar el cuerpo político, pues las decisiones de fondo quedan afincadas en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no justiciables" (conf. causas: "Boggiano" —considerando 9º del voto de la mayoría— y en el mismo sentido: "Moliné O'Connor" —considerando 7º del voto de la mayoría—).

2.4. En cuarto lugar, una consecuencia también derivada de la propia naturaleza política del órgano juzgador y del objeto mismo de esta clase de procesos, es el alcance con que la Sala de Juzgamiento debe sujetarse a las reglas procesales que garanticen el derecho de defensa en juicio y el debido proceso. En este aspecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado que dicha observancia debe verificarse "…si bien no con el rigor que le es exigible a un tribunal del poder judicial con competencia en materia penal, pero sí con la precisión y el cuidado que deje a salvo el derecho de defensa del enjuiciado, lo que se entenderá logrado únicamente cuando éste ejercite efectivamente ese derecho" (conf. causas: "Boggiano" —considerando 11 *in fine* del voto de la mayoría— y en términos equivalentes: "Moliné O'Connor" —considerando 8º *in fine* del voto de la mayoría—).

En otras palabras, el control de constitucionalidad debe apuntar a comprobar si el enjuiciado pudo ejercer en forma efectiva su derecho de defensa en el marco de un debido proceso, antes que a controlar el respeto riguroso de las formas procesales.

2.5. En quinto lugar, también ha establecido el Alto Tribunal, específicamente en materia de juicios políticos, que quien pretende el ejercicio de su revisión judicial debe acreditar, en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo de las reglas del debido proceso que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa. En otras palabras, que conforme al principio de trascendencia no cabe declarar la nulidad por la nulidad misma (conf. causas: "Del Val", "Nicosia", "Brusa", "Moliné O'Connor", "Boggiano", entre otros).

3. Los agravios del recurrente.

Sentadas las pautas atinentes al control de constitucionalidad bajo las cuales habrán de examinarse los agravios invocados por el Dr. Aníbal Ibarra, corresponde adentrarse en el examen pormenorizado de ellos. A tal fin serán ponderados en el orden en que han sido concretamente planteados por el recurrente en su escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, esto es, la obligación de respetar las reglas del debido proceso, la arbitrariedad de la decisión de la Sala de Juzgamiento por la omisión de examinar y resolver cuestiones oportunamente planteadas por la defensa que consideraba decisivas para la correcta solución del juicio y por falta de fundamentos concurrentes entre los votos que conformaron la mayoría; la afectación del principio de legalidad; del derecho a una acusación; de las garantías del juez natural y a un tribunal imparcial; y del derecho a un juicio público.

A ese efecto, el Tribunal tiene a la vista —como se detalló en las resultas— las actuaciones originales del expediente de Juicio Político que tramitó ante la Sala de Juzgamiento; las actuaciones originales correspondientes al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la destitución —caratuladas: "Aníbal Ibarra s/juicio político (recurso de inconstitucionalidad)"—, el legajo de "Copias Certificadas de Versiones Taquigráficas de las Audiencias de la Sala de Juzgamiento", el expediente que tramitó ante la Sala Acusadora, nº 2021-D/05 y, asimismo, el legajo original del incidente de recusación del diputado Romagnoli incoado en el expediente de juicio político. De ahora en más serán referenciados en este voto como: "Expte. de Juicio Político", "Expte. RI", "Expte. VTSJ", "Expte. SA", e "Incidente de recusación Romagnoli", respectivamente.

3.1. La obligación de respetar las reglas del debido proceso.

En este punto el recurrente reflexiona acerca de los principios del debido proceso reconocidos en la Constitución Nacional y en las Convenciones de Derechos Humanos que poseen rango constitucional, y concluye genéricamente que fueron violados por las Salas Acusadora y de Juzgamiento en el juicio "supuestamente" político que se le siguió, según

pretende demostrar en los puntos siguientes de su planteo (ver fs. 93/110 del "Expte. RI").

Hace alusión a la jurisprudencia de la CIDH, particularmente en el caso del Tribunal Constitucional del Perú (sentencia del 31/1/2001); del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; de la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Brusa" (especialmente voto del juez Maqueda), "Moliné O'Connor", y otros que no se refieren a juicios políticos, y cita opinión doctrinaria, todo acerca de la amplitud con que debe ser observada la garantía del debido proceso en toda clase de procedimientos cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

Cabe aquí destacar que las cuestiones planteadas serán examinadas en el marco de las fuentes y premisas sentadas más arriba.

Del examen de los cuestionamientos puntuales formulados por el recurrente, que haremos a continuación, no resulta que el trámite de su juicio político se haya apartado del estándar que permite sortear satisfactoriamente el escrutinio de constitucionalidad según las pautas establecidas por la Corte Suprema en los fallos ya aludidos o de las cláusulas de la Convención Americana de Derechos Humanos y, principalmente, las de la CCBA.

3.2. Arbitrariedad de la decisión de la Sala de Juzgamiento por la omisión de examinar y resolver cuestiones oportunamente planteadas por la defensa que eran decisivas para la correcta solución del juicio.

El presentante sostiene que la decisión no examinó ni resolvió "debidamente" las siguientes cuestiones: la nulidad de lo actuado por la Comisión Cromañón, el incumplimiento de sus fines propios por parte de la Comisión que la sucedió, la falta de una imputación clara, la falta de votación de los cargos, la inexistencia de acusación, la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, la falta de imparcialidad de los miembros de la Sala Juzgadora y la violación del principio de la cosa juzgada. Todas ellas, afirma, "fueron reproducidas como cuestiones preliminares al inicio de la audiencia de debate y mantenidas al tiempo del alegato" (fs. 110/111 del "Expte. RI").

No obstante la tacha de arbitrariedad que realiza, el recurrente no pondera cada uno de los votos en relación con los vicios que atribuye al pronunciamiento, circunstancia que limita decisivamente el peso de los planteos.

3.2.1. La nulidad de lo actuado por la Comisión Especial Investigadora —creada por la resol. 624/05 de la Legislatura.

Al contrario de lo que se sostiene en el recurso de inconstitucionalidad, lo relativo a la nulidad de lo actuado por la Comisión Especial Inves-

tigadora creada por resol. 624/05 de la Legislatura, denominada usualmente "Comisión Cromañón", no fue introducido ante la Sala Juzgadora en ocasión del planteo de "cuestiones preliminares al inicio de la audiencia de debate" sino al momento del alegato (ver fs. 167/193 y 1432 vta/ 1448 vta. del "Expte. VTSJ"), circunstancia que determina la perspectiva con que cabe apreciar el deber de tratar la cuestión al tiempo del pronunciamiento final.

A su vez, ese tratamiento debe ser apreciado con arreglo a las pautas referidas en el punto 2 de este voto.

3.2.1.1. En primer lugar, aun cuando fueren soslayados los matices que las características del órgano escogido por el constituyente para el juicio político impone en cuanto a la motivación del acto de remoción, cabe señalar que constituye doctrina inveterada aquella según la cual, en los procesos judiciales propiamente dichos, los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las cuestiones introducidas por las partes, sino sólo aquellas que consideren conducentes y necesarias para la correcta solución del litigio (conf. este Tribunal *in re*: "Rachid, María y otras s/art. 72, Código Contravencional s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 218/2000, sentencia del 26/4/2000 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 69 y ss.; y "Video Cable Comunicación S.A., Causa 283 CC/2000 s/recurso de queja", expte. nº 505/2000, sentencia del 30/11/2000 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 429 y ss.; entre muchos otros). Concretamente, para el *sub lite*, más allá de las consideraciones de orden estrictamente político que efectúa el peticionario al respecto, se advierte que la correcta o incorrecta integración de la Comisión Especial y la forma en que desarrolló su cometido son cuestiones ajenas al proceso de juicio político propiamente dicho, lo cual priva de sustento al agravio.

3.2.1.2. En segundo lugar, estas cuestiones fueron planteadas por el Dr. Aníbal Ibarra como "consideraciones generales" ante la Sala Acusadora (fs. 306/533 del "Expte. SA") al contestar el traslado que se le confirió acerca de los hechos a investigar, escrito en el que se limitó a recusar a cinco diputados integrantes de la Sala Acusadora —dos de ellos por haber integrado la Comisión Especial Cromañón—, plantear la nulidad parcial del traslado otorgado por la Sala, ofrecer prueba, y pedir la nulidad de los testimonios prestados por Horacio Santinelli y Juan Antonio Mazzei ante la Comisión Especial Cromañón (fs. 524 del expte. citado).

En suma, el concreto planteo en torno a las cuestiones concernientes a la Comisión Especial se ciñó a dos recusaciones, que fueron rechazadas por la Sala Acusadora (según se desprende de las constancias de fs. 991/

999 del legajo de mención) —y que, en la medida de que no han sido materia de replanteo ante la Sala de Juzgamiento cabe considerar consentidas—, y al pedido de nulidad de las declaraciones testimoniales de que se ha hecho mérito (ver fs. 1017/1021). Respecto de la de Horacio Santinelli, es menester destacar que, de todas formas, también prestó declaración testimonial ante la Sala de Juzgamiento (fs. 593/594 del "Expte. de Juicio Político"), circunstancia en la que la defensa tuvo oportunidad de controlar su exposición e interrogarlo. En relación al testimonio de Juan Antonio Mazzei, la defensa del señor Ibarra expresó en su alegato final que el nombrado no declaró ante la Sala de Juzgamiento porque ni los acusadores ni la defensa lo ofrecieron como testigo (ver fs. 1433 del "Expte. VTSJ").

Lo relatado también pone, entonces, de manifiesto, la irrelevancia del reclamo intentado en punto al proceso de juicio político.

3.2.1.3. Finalmente, el recurrente no ha demostrado —ni siquiera alegado convincentemente— de qué forma el tratamiento de las cuestiones "omitidas" habría incidido en el resultado del proceso político que culminó con su destitución. Una vez más cabe recordar que este criterio cumple con la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual no sólo es una exigencia del control de constitucionalidad en estos casos demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo de las reglas del debido proceso, sino también acreditar que una eventual alteración de las circunstancias procesales ocurridas durante la tramitación del juicio —en el sentido planteado por el recurrente—, lo hubiese favorecido o hubiese modificado la decisión final (precedentes: "Del Val", "Nicosia", "ATE San Juan", "Brusa", "Moliné O'Connor" y "Boggiano", ya citados).

Por las consideraciones expuestas, los argumentos orientados a cuestionar la actuación de la referida Comisión no resultan idóneos para configurar una cuestión constitucional y, por ello, la queja en este aspecto no puede prosperar.

3.2.2. El incumplimiento de los fines propios de la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora.

Sin perjuicio de que, también para este supuesto, es de aplicación la doctrina referida en el punto 3.2.1.1, como sucede respecto a la cuestión analizada en el punto precedente, el "incumplimiento" que se endilga tampoco fue planteado ante la Sala de Juzgamiento al momento de la introducción de "cuestiones preliminares al inicio de la audiencia de debate", sino en la audiencia de los alegatos. En aquella ocasión, como surge de fs. 167/193 del "Expte. VTSJ", la defensa sólo hizo referencia a los asuntos

relativos a la nulidad de la acusación (por la falta de votación de los dictámenes, por la imprecisión de los cargos y por la inexistencia de resolución), a la configuración de "cosa juzgada" en relación a lo sucedido durante el primer mandato del Jefe de Gobierno, a la violación del principio de "juez natural" y, asimismo, intentó replantear el tema de la recusación del diputado Romagnoli a partir de su intervención en el dictado de la resolución que denegó el pedido de su apartamiento del juicio político.

3.2.2.1. Al alegar la defensa (ver fs. 1432 vta./1448 vta. y, específicamente, fs. 1433 del "Expte. de Juicio Político") se circunscribió a expresar acerca de la actuación de la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora:

"Y la Comisión que debía investigar según lo exige el art. 94 de la Constitución de la Ciudad, ¿qué investigó? Nada. Se limitó a hacer suyas las conclusiones de esa farsesca Comisión Especial. Pero, hay más, señores legisladores. Esa Comisión Investigadora, cuando le solicitamos como prueba que librara un oficio a la Dirección Nacional de Migraciones para comprobar la ausencia en el país del doctor Mazzei, ¿qué nos contestó? 'No ha lugar'. // Quiso, con un falso testimonio, que no se descubriera o se pusiera en evidencia lo que había hecho la anterior Comisión. Esa negativa a investigar por parte de quien tenía la obligación de hacerlo por mandato constitucional, pues tiene facultades instructorias, está siendo suplida hoy por la Justicia. // Hay más, señores legisladores. Cuando ofrecimos testigos de descargo, como la Comisión consideró que eran muchos, los eligió ella. La Comisión Acusadora eligió los testigos de la Defensa. Toda una novedad en materia de procedimiento: en materia de juicios no hay un solo precedente judicial, administrativo o político, ya sea nacional o universal, en donde la acusación elige sus testigos y los de la Defensa. Sin embargo, esto sucedió aquí: en Buenos Aires en el siglo xxi. Iban dejando sus huellas. Se les notaba el objetivo y no pudieron o no quisieron disimularlo" *(sic).*

Al replantear el tema en el recurso de inconstitucionalidad (fs. 9/10, 26 y 110/111) se hace hincapié en los mismos reparos.

A poco que se analice este cuestionamiento ha de advertirse que tampoco tiene la consistencia constitucional que el presentante pretende atribuirle.

Por un lado, porque tal como se reconoce en el alegato y surge del art. 94, CCBA, la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora tenía a cargo la instrucción, y —sin perjuicio de que también por mandato de la misma norma constitucional citada debía garantizar el derecho de defensa en juicio—, tener a su cargo la instrucción significa dirigirla —no com-

partir la dirección con el imputado— y establecer cómo debía desarrollarse la investigación. Ello incluye, obviamente, determinar cuál era el mérito que tenía la actividad desarrollada por la Comisión Especial creada mediante resol. 624/05 y, en todo caso, evaluar cuál era la prueba pertinente de ser producida. Para el supuesto de que le fuera denegada prueba que el investigado considerara de relevancia justificable, aún contaba, eventualmente, con la posibilidad de ofrecerla ante la Sala de Juzgamiento si la causa llegaba a instancia de dicho órgano. Tal es la doctrina que surge del voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Moliné O'Connor" (considerando nº 14) al referirse a las funciones de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación, que cumple idéntica función que la Sala Acusadora de la Legislatura porteña.

En el mismo sentido, cabe traer a colación la opinión del Procurador General, al dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mismo precedente (*Fallos,* 327:1914). Dijo en esa oportunidad, en lo que aquí interesa y *mutatis mutandi*, que "para analizar las críticas que se formulan a la actuación de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados, cabe recordar que en su seno se desarrolla una etapa preliminar del proceso de juicio político, que no se trata del 'juicio' propiamente dicho. Este tiene lugar en el Senado, constituido como tribunal de enjuiciamiento, una vez que la otra cámara aprueba por mayoría calificada, la acusación de algún funcionario de los mencionados en el art. 53 de la C.N. // Desde esta perspectiva, los vicios que —por vía de hipótesis— pudieran tener lugar en la etapa previa pueden ser subsanados en ocasión del debate" (Punto IX del dictamen).

Por otro lado, acerca de la prueba denegada, el recurrente remite a "un oficio a la Dirección Nacional de Migraciones para comprobar la ausencia en el país del doctor Mazzei" y, en forma indeterminada a la no aceptación de algunos testigos ofrecidos por la defensa. Con ello, incumple una vez más con la carga de demostrar en forma precisa, exhaustiva y concluyente de qué manera la prueba omitida habría sido relevante para modificar el resultado del proceso.

Por lo tanto, el recurso de queja, en este punto, tampoco puede prosperar.

3.2.3. La falta de una imputación clara, la falta de votación de los cargos, la inexistencia de acusación, la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa.

En sustancia, el recurrente sostiene que no ha existido acusación porque no hubo una resolución formal; afirma asimismo que "nunca se

sometió a votación ninguno de los dictámenes ni ninguno de los cargos en danza" (fs. 29, "Expte. RI"); agrega que, como corolario, existió falta de precisión de los cargos, ya que uno de los dictámenes contenía 12 y el otro 4; añade que, además, tales cargos eran vagos e indeterminados; y concluye que como consecuencia, no existió la "relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos" que exige el art. 347 del CPP para que se produjera una acusación válida. Como resultado de todo ello se habría imposibilitado el ejercicio de su derecho de defensa.

Como bien reconoce a fs. 85 del "Expte. RI", éstas y las otras cuestiones preliminares planteadas al inicio de la primera audiencia de debate, fueron resueltas y rechazadas por la Sala de Juzgamiento en el mismo acto (fs. 474/483 del "Expte. de Juicio Político" y fs. 209/222 del "Expte. VTSJ").

En lo que resulta de interés para el punto en consideración, la Sala de Juzgamiento destacó que de la versión taquigráfica de la sesión de la Sala Acusadora (de fecha 14/11/2005) surge que "lo que se sometió a votación y se aprobó con las mayorías necesarias, fue el sometimiento del señor Jefe de Gobierno al proceso de juicio político por la causal de 'mal desempeño del cargo' prevista en el art. 92 de la Constitución" (conf. fs. 479 del expte. de Juicio Político y fs. 210 del expte. VSTJ, quinto párrafo de los considerandos). Añadió que "El objeto de la votación es si se debe o no acusar. Cada legislador vota por sus fundamentos, propios o compartidos, pero lo que se vota es la decisión de llevar o no adelante la acusación por cierta causal, en este caso, mal desempeño del cargo... Esta causal se basa, conforme los dictámenes acusatorios presentados... en los hechos descriptos en esos dictámenes" (conf. fs. 479 del expte. de Juicio Político y fs. 210 del expte. VTSJ, sexto y séptimo párrafo de los considerandos).

También hizo hincapié en que "la decisión adoptada lo fue en el marco de un expediente...", que no constituía "técnicamente una resolución en el sentido prescripto por el reglamento Interno" de la Legislatura, y que "sólo era asimilable semánticamente al requerimiento de elevación a juicio, más no en el sentido literal de la acepción" (conf. fs. 480 del expte. de Juicio Político y fs. 210 del Expte. VTSJ, párrafos 10º y 11º de los considerandos). En el mismo sentido resaltó que "el requerimiento de elevación a juicio es efectuado en sede penal por un órgano unipersonal (fiscal), mientras que en autos lo lleva siempre a cabo un órgano colegiado en que sus integrantes pueden fundamentar por separado su propia decisión, coincidiendo los 30 integrantes que sostuvieran la acusación en la causal de mal desempeño que exige la CCBA" (conf. fs. 480 del expte. de Juicio Político y fs. 210 del expte. VTSJ, párrafo 11 de los considerandos).

En el mismo orden consideró que los hechos "…acogidos por ambos dictámenes resultan materialmente equiparables, a pesar de la circunstancia de que fueron planteados de modo diverso...", para concluir que el objeto de la requisitoria estaba claramente precisado y permitía el acabado ejercicio del derecho de defensa (conf. fs. 480 del expte. del Juicio Político y fs. 210/211 del expte. VTSJ, párrafos 12 y 13 de los considerandos).

De lo sintéticamente transcripto se observa que lo resuelto por la Sala de Juzgamiento no aparece contrario a las cláusulas de la CCBA y resulta ajustado a las pautas jurisprudenciales de la CSJN referidas en los puntos 2 a 2.2.

En dicho entendimiento, viene al caso transcribir algunos párrafos del precedente "Boggiano", particularmente referidos a la severidad con que deben aplicarse las reglas procesales en la tramitación de los juicios políticos. Dijo la Corte (considerando 10 del voto de la mayoría): "Que con respecto al rigor con que deben observarse las reglas procesales, desde los albores del constitucionalismo norteamericano se viene sosteniendo que un cuerpo político llamado a juzgar a un funcionario 'no está obligado a observar las formalidades rigurosas de los tribunales ordinarios...' (Story, J.: *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, t. I, nº 392, p. 476, 40 edición, traducción y notas de Nicolás Antonio Calvo). De modo concorde, W.W. Willoughby afirma en su obra *The constitutional law of the United States*, 2ª ed., t. III, p. 1450 que, en el *impeachment*, el Senado está 'bajo la obligación moral de seguir lo más cerca que pueda, las formas judiciales del procedimiento' y que 'sin embargo ello no lo obliga a someterse...a las reglas técnicas que rigen en los tribunales ordinarios de derecho'".

En similar sentido se expresó en el mismo voto —valga reiterarlo una vez más— "...que es deber del órgano político cuando actúa como tribunal de enjuiciamiento, observar las reglas procesales que garanticen el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, si bien no con el rigor que le es exigible a un tribunal del poder judicial con competencia en materia penal, pero sí con la precisión y el cuidado que deje a salvo el derecho de defensa del enjuiciado, lo que se entenderá logrado únicamente cuando éste ejercite efectivamente ese derecho". Ya señalamos que, en nuestra opinión, la modalidad con que son exigibles los resguardos procesales depende de la naturaleza, características y competencia del órgano que toma las decisiones, más que de una mayor permisividad o extensión en el ejercicio del control judicial.

La aplicación de tal doctrina al caso en examen permite arribar a las siguientes conclusiones:

conducta de posible cumplimiento no observada, si fuera el caso de la omisión (dejamos de lado la dificultad lógica que en el derecho pueda encerrar la noción de hecho).

El órgano dispuesto por la Constitución local para juzgar la responsabilidad de un Jefe de Gobierno, no es un órgano compuesto por técnicos ni especialistas en derecho, sino por representantes de los vecinos (legisladores) a quienes no se les exige la calidad profesional de abogado. Ello implica, por definición, que la Constitución ha dejado fuera de este proceso político la noción estrictamente jurídica de hecho, como plataforma fáctica que exige una completitud suficientemente descripta, pues ello es materia del análisis judicial; bastando que las imputaciones abarquen una conducta individualizada o definida en términos de un "reproche moral de carácter público" (conf. Quiroga Lavié, Humberto, "Naturaleza institucional del jurado de enjuiciamiento", *LL,* 2000-B, 1008).

Como se trata aquí de la calificación del desempeño de competencias políticas, las cuales por su propia naturaleza suponen un ámbito de discrecionalidad dentro del cual tiene sentido afirmar que se ha elegido un mal camino sin que ello suponga identificar uno como el bueno. De otro modo, sería necesario construir un desmesurado enunciado capaz de dar cuenta de absolutamente todas las alternativas susceptibles de constituir un desempeño bueno o aceptable y mostrar que, siendo posible ejecutar alguna de ellas, se ha apartado de todas. Esto constituiría en la mayor parte de los supuestos un interesante ejercicio lógico, pero difícilmente útil. Por otra parte, estaba al alcance del recurrente mostrar, si así fuere, que no existía mejor alternativa que aquella que adoptó.

Lo relevante, en lo que ahora concierne, es que la individualización de la conducta reprochada ha sido suficientemente precisa. A tal punto es así, que, según se desprende de las actuaciones acompañadas, la prueba producida por el Dr. Ibarra se ha encaminado concretamente a rebatir la falta de idoneidad de su gestión, en el ámbito en que la misma le fuera imputada. Ello no deja lugar a duda acerca de que el Dr. Ibarra comprendió perfectamente el alcance de los cargos efectuados y a partir de ello pudo ejercer su derecho de defensa.

Una vez más merece citarse sobre el punto la opinión de Bidart Campos acerca de que la causal de "'mal desempeño' no es susceptible de ninguna reglamentación infraconstitucional, porque normas ajenas a la Constitución no pueden delinear la figura ni fijarle supuestos configurativos, ya que es el senado el que, de acuerdo a su juicio, puede y debe valorar por sí mismo si tal o cual conducta implica desempeñarse mal, por lo que ninguna norma fuera de la Constitución puede vincularlo a encuadrar en el mal desempeño (o a excluir de él) determinados casos" (conf. *Trata-*

do elemental de derecho constitucional argentino, t. II: "El Derecho Constitucional del Poder", capítulo XXXI: "Las competencias privativas de cada Cámara", parágrafo IV: "El juicio político", punto 10 a', pp. 187 y 188, Ediar, Buenos Aires, 1988). Estas ideas son aplicables a las disposiciones contenidas en la CCBA.

Tampoco asiste razón al recurrente cuando objeta las normas de procedimiento empleadas durante la tramitación del proceso que culminó con su destitución como Jefe de Gobierno.

Cabe en este punto señalar que, si bien el Reglamento de la Legislatura en su art. 82 dispone para el juicio político que "...[e]n todo lo no previsto se aplica supletoriamente el Código de Procedimiento Penal vigente en la Ciudad de Buenos Aires", ese Cuerpo hizo aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación aun cuando para la época regía la ley 1330 —referida a los tipos penales cuyas competencias fueron transferidas a la Ciudad.

De todos modos, este dispositivo no tiene el alcance que pretende el recurrente. Trasladar todas las reglas previstas en el Código Procesal Penal, conllevaría a desnaturalizar el proceso establecido en la CCBA en sus arts. 92 a 94. Esta fue la interpretación asumida por los legisladores y se revela respetuosa de la regulación constitucional del juicio político que, plasmado por el poder constituyente local en la letra explícita e implícita de la expresada Carta Magna, no podría ser desconocida por la Legislatura, ni menos aun por una porción de ella —la Sala Acusadora.

En síntesis, la remisión efectuada al CPPN se dispuso en la medida de lo que fuera pertinente, teniendo en cuenta el tipo de proceso de responsabilidad política que se estaba tramitando, lo que no significa, de ninguna manera, que el proceso de juicio político quedara —como regla—, sujeto a las disposiciones establecidas en el mencionado cuerpo legal sustituto.

f) Al acusado se le corrió traslado de la acusación (fs. 25 del "Expte. de Juicio Político"), materializada en la versión taquigráfica de la reunión de la Sala Acusadora del 14/11/2005 ya aludida y en los dos dictámenes que le sirvieron de apoyatura fáctica. Vale señalar que, en verdad, su defensa no debía hacerse cargo de las imputaciones contenidas en los dictámenes votados sino de la acusación, tal como quedó exhibida ante la Sala Juzgadora. Esta formulación, a su vez, no podía apartarse del mandato conferido por la Sala Acusadora.

A partir de ella ofreció diversa prueba que le fue admitida y se produjo, de la que puede citarse la siguiente conforme a las constancias del "Expte. de Juicio Político":

i) El testimonio prestado por Silvana Myriam Giudici (ver fs. 715/16), ex secretaria de Gobierno y Control Comunal del Gobierno de la CABA, ofrecido como prueba a fs. 66/67 "acerca de las políticas de habilitación, verificación y control de las actividades comerciales durante el tiempo de su gestión al frente de la Secretaría indicada; la asignación y disponibilidad de recursos materiales y humanos durante dicho período y el ejercicio de poder de policía que fue desarrollado en dicha área".

ii) El testimonio prestado por Carmen Mirta Prusak (ver fs. 670/671), Jefa de Asesores de la Subsecretaría de Control Comunal del Gobierno de la CABA ofrecido como prueba a fs. 67 "acerca de las políticas de habilitación verificación y control de las actividades comerciales durante los años 2004 y 2005".

iii) El testimonio prestado por Alejandra Tadei (ver fs. 669/70), Procuradora General de la CABA, ofrecido como prueba a fs. 68 "con relación a las denominadas 'alertas institucionales' que habrían sido recibidas de la Defensoría del Pueblo, a través de resoluciones de la Legislatura de la CABA y de recomendaciones de la Auditoría General de la CABA; el tratamiento de aquéllas y su ulterior gestión; el temperamento seguido en materia de instrucción de sumarios y denuncias penales vinculadas con el mal desempeño de funcionarios y agentes dependientes del Gobierno de la Ciudad; el acatamiento de resoluciones administrativas y judiciales en materia de habilitaciones y el cumplimiento, por parte de las máximas autoridades de la Ciudad, de lo normado por el art. 104, incs. 11 y 21 de la Constitución de la CABA".

iv) Los testimonios prestados por Karina Martínez Liss (ver fs. 713/714) —Directora General de Asuntos Políticos y Legislativos del Gobierno de la CABA— y Sandra Marisa Castillo (ver fs. 714) —Directora General de Control y Seguimiento Dependiente de la Jefatura de Gabinete del Gobierno de la CABA—, ofrecidos como prueba a fs. 69/70 con relación al "trámite que se acuerda a los pedidos de informes provenientes de la Legislatura y otros organismos de control".

v) El testimonio prestado por Hilda Marcela Sánchez de Bustamante (ver fs. 668/669), Síndica General de la CABA, ofrecido como prueba a fs. 70, acerca de "sus antecedentes laborales y capacitación profesional adquirida con carácter previo a su designación en el cargo mencionado e ilustrar de manera pormenorizada sobre su gestión desarrollada al frente de dicha Sindicatura".

vi) Los testimonios prestados por Matías Barroetaveña (ver fs. 670) —Presidente de la Auditoría General de la CABA—, y Nicolás Corradini

(ver fs. 714) —Miembro de la Auditoría General de la CABA—, ofrecidos como prueba a fs. 70/71 en relación al "cumplimiento por parte del señor Jefe de Gobierno de la CABA de lo dispuesto por el art. 132 de la Constitución de la CABA y el art. 147 de la ley 70".

vii) Los testimonios prestados por Graciela Viviana Muñiz (ver fs. 714/715) —Defensora Adjunta del Pueblo de la CABA—, Julio Oscar Spina (ver fs. 715) —Funcionario de la Defensoría del Pueblo de la CABA—, Roque Gaspar Esteban Bellomo (ver fs. 715) —Funcionario de la Defensoría del Pueblo de la CABA— y Alicia Beatriz Pierini (ver fs. 670) —Defensora del Pueblo de la CABA—, ofrecidos como prueba a fs. 71/73 en relación al "contenido y las circunstancias que rodearon a la reunión celebrada en la Defensoría del Pueblo que tuvo lugar el 15/7/2004 a la que concurrió el suscripto (Aníbal Ibarra)".

viii) El testimonio prestado por Marta Carmen Francisca Albamonte (ver fs. 715), Secretaria de Hacienda del Gobierno de la CABA, ofrecido como prueba a fs. 73 acerca de "la asignación de recursos materiales y humanos para el desarrollo de las actividades de control comunal".

ix) El testimonio prestado por Marcelo Gustavo Antuña (ver fs. 669), ex Subsecretario de Justicia y Trabajo del Gobierno de la CABA, ofrecido como prueba a fs. 73/74 en relación a "la política seguida por el Gobierno de la Ciudad en materia de control de espectáculos y de cumplimiento de resoluciones administrativas y judiciales, en particular en cuanto al tema de habilitaciones".

x) Los testimonios prestados por Germán Fernández (ver fs. 664) —Director General del SAME—, y Julio Luján Salinas García (ver fs. 664/665) —Subsecretario de Servicios de Salud del Gobierno de la CABA—, ofrecidos como prueba a fs. 74 en relación a "las políticas instrumentadas desde el Gobierno de la CABA en materia de previsión, coordinación y respuesta ante emergencias y catástrofes en el marco de lo dispuesto por el art. 104, inc. 14 de la CCBA y el dec. 2252/99".

xi) Los testimonios prestados por Daniel Ricardo Farías (ver fs. 716) —Miembro de la Sociedad Bonaerense de Medicina Crítica, Trauma y Desastres— y Jorge Alberto Neira (ver fs. 721) —Miembro de la Sociedad Argentina de Medicina y Cirugía de Trauma—, ofrecidos como prueba a fs. 75 acerca de "los procedimientos a seguir en caso de emergencias por intoxicación masiva de personas".

xii) El testimonio prestado por Luis Ernesto Sarotto (ver fs. 720/21), Jefe de la División de Urgencias del Hospital de Clínicas, ofrecido como prueba a fs. 75 en relación a "las tareas desarrolladas en dicho nosocomio

en la noche del 30/12/2004 y los días subsiguientes a raíz del siniestro producido en el local 'República de Cromagnón'".

xiii) El testimonio prestado por Luis Jorge Cevasco (ver fs. 721), Fiscal General Adjunto en lo Contravencional y de Faltas, ofrecido como prueba a fs. 76 acerca del "trabajo desarrollado en materia contravencional en la zona del barrio de Once, la complementación de su actividad con los efectivos de la Policía Federal Argentina, particularmente en materia de cumplimiento de normas contravencionales por parte de los locales bailables habilitados en dicha zona".

xiv) El testimonio prestado por Luis Daniel Mosca (ver fs. 721/22), Coordinador del Equipo de Factores Humanos del SAME, ofrecido como prueba a fs. 76/77, en relación a "las labores cumplidas durante la noche del 30/12/2004 y días subsiguientes con motivo del siniestro ocurrido en el local 'República de Cromagnón'".

xv) El testimonio prestado por Gabriela Patricia Alegre (ver fs. 722), Subsecretaria de Derechos Humanos, ofrecido como prueba a fs. 77 en relación a "las tareas desarrolladas por el Gobierno de la CABA durante la emergencia ocurrida el 30/12/2004 y el supuesto incumplimiento por parte de dichas autoridades de lo dispuesto por el art. 104, inc. 14 de la CCBA".

xvi) El testimonio prestado por Ernesto Andrés González (ver fs. 724), Director General del Cementerio de la Chacarita, ofrecido como prueba a fs. 77 en relación a "las tareas llevadas a cabo en dicha dependencia durante los días posteriores al 30/12/2004, en que ocurriera el siniestro en el local bailable 'República de Cromagnón'".

xvii) Los testimonios prestados por José Luis Calvo (ver fs. 728) —Subsecretario Administrativo de Infraestructura y Planeamiento—, Claudio Marcelo Suárez (ver fs. 728) —Director General de Prevención del Delito— y María Cecilia Piñeiro (ver fs. 729) —D.G. Asistencia a la Víctima—, ofrecidos como prueba a fs. 78/79 acerca de "las tareas que se desarrollaron en el cementerio de la Chacarita y la morgue judicial a raíz del episodio antes señalado".

xviii) Los testimonios prestados por Gladys Amelia Coronel, Juan Carlos Santillán (ver fs. 725) —padres de personas fallecidas en el siniestro "Cromañón"— y Ana María Sandoval (ver fs. 727) —ex trabajadora del local "República de Cromagnon" y afectada en el siniestro ocurrido en dicho sitio—, ofrecidos como prueba a fs. 81/82 en relación al "tratamiento recibido de parte de las autoridades del Gobierno de la CABA con posterioridad a dicho suceso".

xix) El testimonio prestado por Juan Carlos López (ver fs. 667/668), ex Secretario de Justicia y Seguridad Urbana del Gobierno de la CABA, ofrecido como prueba a fs. 84 acerca de "la política de habilitación, verificación y control de las actividades comerciales durante su gestión al frente de la Secretaría indicada, la asignación y disponibilidad de recursos materiales y humanos durante dicho período y el ejercicio del Poder de Policía que fue desarrollado en dicha área".

xx) La prueba documental ofrecida a fs. 87 (punto 5), 88 (punto 6), 89 (punto 8) y admitida por la Sala de Juzgamiento (ver fs. 130/139 y 169/170 del "Expte. de Juicio Político").

g) De lo precedentemente transcripto se colige sin mayor esfuerzo que, en definitiva, la actividad probatoria de la defensa —como puede observarse, efectivamente realizada— estuvo dirigida a desvirtuar las imputaciones especificadas en los 12 puntos materia de investigación y comprendidos en los dos dictámenes que sustentaron la decisión acusatoria.

h) En ese marco, no surge con evidencia de qué elementos pudo verse privado el ex Jefe de Gobierno para realizar un ejercicio efectivo de su derecho de defensa ante la Sala de Juzgamiento a partir de la acusación producida por Comisión destacada a tal fin por la Sala Acusadora.

Por las consideraciones expuestas, corresponde en este punto rechazar esta presentación directa.

3.2.4. La falta de imparcialidad de los miembros de la Sala de Juzgamiento.

En realidad, lo que planteó la defensa como "cuestión preliminar" al inicio de la primera audiencia de debate —según quedó consignado en el punto 3.2.2 de este voto— fue la violación del principio de "juez natural". Asimismo, intentó replantear el tema de la recusación del diputado Romagnoli a causa de su intervención en el dictado de la resolución que denegó el pedido orientado a lograr su apartamiento del juicio. El replanteo de esta última cuestión como "preliminar" no fue admitida por el presidente de la Sala en atención a que ya había sido resuelta por dicho órgano. En cuanto a la primera, fue motivo de decisión y rechazo en la misma audiencia (ver fs. 474/483 del "Expte. de Juicio Político" y fs. 209/222 del "Expte VTSJ").

Luego, en los alegatos (ver fs. 1434 vta. del "Expte. VTSJ"), reiteró su agravio referido a la garantía del juez natural.

3.2.4.1. La garantía del juez natural.

El planteo del recurrente, en sustancia, hace hincapié en que, de acuerdo a la Constitución, los órganos de acusación y juzgamiento en el juicio

político deben estar conformados antes de la realización del juicio, y que en su composición se debe respetar la proporcionalidad de los partidos y alianzas. En lo que aquí interesa, señala que la recomposición de la Sala de Juzgamiento con motivo de la renovación legislativa del 10/12/2005 ha violado la garantía de "juez natural" previsto en el art. 18, C.N., y de "juez competente e imparcial" del art. 8.1. de la CADH pues, afirma, "las personas que integraban la Sala Juzgadora al momento de los hechos que dieron lugar al presente juicio político" eran las que debían proseguir con su juzgamiento hasta la finalización del juicio. No recurre, en cambio, a la previsión contenida en el art. 13, inc. 3º de la CCBA.

La garantía invocada no está concebida para esta situación. No porque la CCBA no se haya ocupado de establecer qué órgano debe juzgar en los supuestos del art. 92 sino precisamente por lo contrario. Cuando queda librada a la determinación legislativa la organización judicial, se hace imprescindible poner como límite la regla del "juez natural" que, expresada como lo hace el art. 13, inc. 3º, cuyo contenido puede ser visto como más exigente que los de las normas invocadas, es el "juez designado por la ley antes del hecho de la causa". Más allá de la interpretación que conviene a la norma, según la doctrina sentada por los precedentes que pudieron ser tomados en consideración por el constituyente porteño, lo cierto es que la "ley" que designa al juez del caso es la propia, CCBA, en su art. 93, norma cuya modificación no está en el dominio de la Legislatura.

Los comicios del año 2005 determinaron naturalmente un cambio en la composición de la Legislatura, y una nueva ocasión para efectuar el sorteo previsto en el art. 93 de la CCBA. La acusación fue votada una vez realizados los comicios, mas antes de la sustitución de los legisladores salientes por los elegidos en ellos, es decir, que lo fue por la Sala Acusadora cuya disolución era inminente. El juzgamiento pudo conjeturalmente haber concluido antes de la elección de una nueva Sala Juzgadora, si bien habría debido serlo con una premura apreciablemente incompatible con el desarrollo de un debate que luego se mostró prolongado. La CCBA parece diseñada para supuestos en que ambas Salas provengan de un mismo sorteo, puesto que no existe previsión relativa a cómo llevarlo a cabo cuando, como en el caso, se da la probabilidad de que un sorteo entre todos los legisladores pudiera determinar que algunos legisladores que hubieran votado ya en la Sala Acusadora participaran de la nueva composición de la Sala de Juzgamiento. A fin de evitarlo, debió presumiblemente ser introducido un elemento dirigido a conjurar que quienes habían integrado la Sala Acusadora vinieren a integrar la de Juzgamiento, pero esta modalidad del sorteo no aparece cuestionada por el recurrente. A su vez, vale recordar que compete a la Legislatura efectuar la interpretación de sus

propios poderes con arreglo a la doctrina sentada en el orden federal *in re*: "El doctor don Joaquín M. Cullen, por el Gobierno provisorio de la Provincia de Santa Fe, contra el Doctor don Baldomero Llerena; sobre inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fe y nulidad de los actos del Interventor" (*Fallos,* 53:420), sentencia del 7/9/1893, no variada en este aspecto y *mutatis mutandi* aplicable a los conferidos por la CCBA. No se ha producido demostración de que la que efectuó haya estado teñida por el designio de reunir, en la Sala de Juzgamiento, legisladores adversos al entonces Jefe de Gobierno. No existe en la CCBA norma expresa que convalide la prolongación del mandato de quienes componían la Sala de Juzgamiento al tiempo de ser decidida la acusación por la otra Sala. Desde otro ángulo, es obvio que la nueva integración es el fruto de un pronunciamiento popular más inmediato y, por ende, más atendible a los fines de formar opinión de la especie a que apunta el juicio político.

Sin perjuicio de que lo dicho basta para desestimar el agravio, es pertinente recordar que la forma en que debe ser interpretada esta garantía, aún en los procesos judiciales para los que ha sido diseñada, difiere de la que se postula.

Ha dicho el tribunal cimero *in re:* "Mónica R. Sueldo de Polesman y Otra" (*Fallos*, 310:804), sentencia del 22/4/1987, receptando el dictamen del Procurador General Sebastián Soler del 17/4/1956, *in re*: "Francisco Mariano Grisolía" (*Fallos,* 234:482) que "[l]a declaración de que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa presupone que esos jueces siguen conservando la jurisdicción en cuya virtud estaban llamados a conocer de una determinada causa, porque claro está que la sustracción de un caso particular a la jurisdicción de jueces que siguen teniendo el poder de juzgar en otros casos similares implica la negación de esa justicia imparcial e igual para todos que la Constitución garantiza. Ahora bien, si esos jueces han dejado de serlo, o su jurisdicción ha sido restringida por obra de la ley, entonces no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate, por donde resulta evidente que cuando otros tribunales permanentes asumen el poder jurisdiccional que a ellos correspondía no les quitan o sacan algo que siguiera estando dentro de sus atribuciones. Por esta misma razón, tampoco se sustrae un procesado a su juez natural cuando, a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo de la causa iniciada con anterioridad. // Lo inadmisible, lo que la Constitución repudia es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado para conferírsela a otro juez que no la tiene, en

forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investido por ese magistrado de ocasión. // En definitiva, pues: con la primera parte de la cláusula se ha establecido el principio de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales al margen del Poder Judicial; con la segunda, se ha reforzado ese principio, eliminando la posibilidad de que se viole en forma indirecta esta prohibición mediante la remisión de un caso particular al conocimiento de tribunales a quienes la ley no les ha conferido jurisdicción para conocer *en general* de la materia sobre la que el asunto versa".

En el mismo sentido expresó en la sentencia antes referida: "Que en consecuencia, no es el juez natural que exige el art. 18 de la C.N. el juez —órgano institución u órgano individuo— que ilegalmente sustituyere al designado antes del hecho de la causa, aunque al sustituto se le diera —o éste se arrogare— jurisdicción permanente y general para entender en asuntos de la misma naturaleza. Por regla general caen bajo la prohibición constitucional todos los casos en que por error o por abuso se atribuya poder para juzgar a individuos no investidos por la ley con la jurisdicción para tal género o especie de delitos y en los que los jueces mismos se atribuyan facultades para entender o decidir en causas no sujetas a su jurisdicción" (primera parte del considerando 7º).

3.2.4.2. La garantía de imparcialidad.

Como quedó expuesto *supra* (punto 3.2.4.) esta cuestión fue introducida durante el juicio con motivo de la recusación del diputado Romagnoli y, además, por vía de la invocada afectación del principio del juez natural.

Considerada ya la segunda en el punto precedente, nos referiremos a continuación al asunto que concierne al diputado Romagnoli.

En primer lugar, damos por reproducidas las consideraciones acerca de las características del órgano al que la CCBA encomendó juzgar el desempeño de los altos magistrados a que se refiere su art. 92. Las funciones de sus integrantes y la imposibilidad de sustituirlos permiten descartar que el constituyente haya previsto rodear al enjuiciado en estos procesos de los mismos resguardos que protegen al procesado de un juicio criminal.

Estas diferencias no afectan tampoco garantías federales. La de imparcialidad en el marco de un proceso de juicio político ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los siguientes términos al fallar *in re*: "Boggiano" (voto de la mayoría, considerando 17): "Con particular referencia a la imparcialidad del órgano juzgador a partir de su integración con una significativa cantidad de miembros que, en opinión de la recurrente, no satisfacían subjetiva ni objetivamente aquella condi-

ción, cabe traer a consideración el precedente 'Del Val' de *Fallos,* 314:1723, en el cual esta Corte ha prevenido —hace más de una década— que en materia de enjuiciamientos políticos no son inconstitucionales las normas que limitan las causales de recusación, pues de admitirse las recusaciones múltiples se llegaría a desintegrar el órgano establecido por la constitución para efectuar el control entre los poderes. De este modo, subrayó el Tribunal con perspicacia anticipatoria, se bloquearía el funcionamiento del sistema, al no resultar factible proveer la integración del cuerpo con otros funcionarios, pues cualquier modo de reemplazo que se hubiera seguido podría haber sido cuestionado de inconstitucional ya que, al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el sistema, su armonía se vería destruida por la disfuncional actuación de un elemento".

En el mismo sentido se explayó la mayoría de la Corte al fallar *in re*: "Moliné O'Connor" (voto de la mayoría, considerando 17) en cuanto expresó que "de acuerdo con el sistema de integración de las Cámaras del Congreso por los representantes del pueblo previsto en nuestra Constitución, no resulta factible proveer la subrogancia parcial o *ad hoc* de los diputados o senadores apartados con otros funcionarios, 'pues cualquier modo de reemplazo que se hubiera elegido podría haber sido cuestionado de inconstitucional ya que, al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el sistema, éste quedaría destruido' (*Fallos*, 314:1723, considerando 9º)".

La claridad y contundencia de la doctrina mencionada hace innecesario otro comentario, en la medida de que, además, la decisión que rechazó la recusación de Romagnoli se ajustó a las pautas referidas en el punto 2.1, relativas al rigor con que deben ser verificadas las garantías procesales en este tipo de procedimientos, desarrollados por y ante un órgano de naturaleza política que ejercita una función también netamente política.

Resta solamente decir que la intervención del diputado Romagnoli en la deliberación y votación de la resolución que rechazó su propia recusación, más allá de los reparos que pudiera merecer a la luz de los principios que regulan la cuestión en materia de procedimientos judiciales y, particularmente, del Código Procesal Penal de la Nación, resultó en la práctica irrelevante conforme se desprende de fs. 55 del "Incidente de Recusación Romagnoli", pues el pedido de apartamiento fue rechazado por diez votos (incluido el de Romagnoli) de los quince posibles (pues hubo cuatro abstenciones y un ausente). En otras palabras, su no participación en esa decisión no hubiera variado su resultado y, por lo tanto, los agravios en este punto no pueden prosperar, por no demostrarse un gravamen concreto derivado de la intervención del diputado cuestionado.

A fs. 148 del "Expte. RI" el recurrente impetra la nulidad absoluta del pronunciamiento de la Sala de Juzgamiento por haberse violado "la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial prevista en los arts. 18 de la C.N. y 8.1. de la Convención Americana".

Replantea las cuestiones referidas a la recusación que introdujo respecto del diputado Romagnoli (y la participación de éste en la decisión que la rechazó) y también trae a colación que "varios" de los integrantes de la Sala de Juzgamiento "se encontraban claramente predispuestos en contra del suscripto", aunque se limita a individualizar al diputado Bidonde.

Todo lo referido a la recusación del diputado Romagnoli ya ha sido objeto de tratamiento.

En tanto que lo atinente al nuevo agravio ampliado, se advierte que se trata de una cuestión no sometida a la Sala de Juzgamiento, lo que en principio obsta a su consideración en este recurso.

De todas formas le resultan aplicables las mismas reflexiones vertidas precedentemente.

Sólo a mayor abundamiento consideramos apropiado destacar que al menos cuando involucra a un funcionario político —y mucho más si se trata del titular del gobierno— la garantía de un tribunal imparcial adquiere matices o particularidades que no pueden pasar desapercibidas, y que, desde luego, no pueden haber sido ignoradas por el constituyente cuando escogió al órgano competente a estos fines. Debe recordarse que los integrantes de la Legislatura se dividen para integrar las Salas Acusadora y de Juzgamiento "…respetando la proporcionalidad de los partidos o alianzas…" (conf. art. 93 de la CCBA), con lo cual podría considerarse que la garantía de la imparcialidad, con el alcance al que aspira el recurrente, esto es, al que tendría en un proceso penal, con certeza estará insatisfecha. Por lo demás, la Constitución mantiene el deber de los integrantes de esas Salas de adoptar decisiones como legisladores, muchas de las cuales pueden importar asumir posturas respecto del enjuiciado o de lo ocurrido con carácter previo a la emisión del pronunciamiento en el juicio político. El posicionamiento político, tanto de acusadores y jueces como del enjuiciado, tal vez explica que, por las mayorías exigidas por la Constitución y con un caudal de legisladores oficialistas suficiente, sea poco probable que el titular del poder ejecutivo pueda ser sometido a juicio político, como advierte la doctrina que ha ocurrido en el orden nacional (Armagnague, Juan Fernando: *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*, ob. cit., Parte Primera, Capítulo IV: "El juicio político en la Constitución: Funcionarios acusables", parágrafo II: "Casos expresos", pp. 83 y ss., en particular p. 85). Por su parte, el académico Néstor P. Sagüés hace hincapié en que: "En el caso argentino, por ejemplo, es significativo que desde que se sancionó la Cons-

titución de 1853 ningún presidente, vicepresidente o ministro fuera siquiera acusado por la Cámara de Diputados (los únicos acusados y destituidos han sido jueces). Esto se explica porque aquellos integrantes del Poder Ejecutivo, habitualmente miembros del partido oficialista o mayoritario en la Presidencia y en el Poder Legislativo, poseen así un blindaje político que les permite impedir que se reúna en la Cámara acusadora el número de sufragios necesarios para instrumentar el juicio, igualmente de tipo político, contra ellos" (ver: "Revisión judicial de las sentencias destitutorias *(sic)* dictadas en el juicio político", *LL,* 2006-C, punto I: "Introducción", pp. 1335 y ss., en particular p. 1335).

Tampoco el otro aspecto de la imparcialidad —el subjetivo— es susceptible de ser medianamente satisfecho, en la medida de que esos legisladores tienen el derecho de manifestarse, comunicándose con sus colegas y, más aún, con sus electores y el pueblo en general para contribuir a formar su opinión al respecto. La Constitución prohíbe que ningún legislador pueda ser molestado —para el caso léase recusado— "por las opiniones, discursos o votos que emita en el ejercicio de su función" (art. 78, CCBA, en el mismo sentido art. 68, C.N.) y, no cabe duda, entre las funciones del legislador están las de integrar la Sala Acusadora, o la Sala de Juzgamiento (art. 93, CCBA, y en el mismo sentido, las funciones del Senado y de la Cámara de Diputados, art. 59, C.N.).

Por eso, el agravio referido a la existencia de diputados "predispuestos en contra" del acusado (o del "investigado" ante la Sala Acusadora) se relativiza, porque también han de existir diputados predispuestos a favor. El nudo de la cuestión se desplaza entonces a la necesidad de preservar el instituto en la medida en que de admitirse la procedencia de recusaciones —o de apartamientos voluntarios como intentó el propio Romagnoli y la misma Sala Juzgadora se lo impidió (ver fs. 792/793 del "Expte. de Juicio Político")—, el organismo juzgador se desintegraría porque no hay mecanismo de sustitución constitucional posible, con lo cual la institución del juicio político perdería su razón de ser como herramienta de control entre poderes. Como bien señaló el Procurador General al dictaminar en la causa "Boggiano" ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "No puede aplicarse al juicio político el mismo estándar de imparcialidad que al que se desarrolla en sede judicial, pues si se pretendiera hacerlo... debería declararse inconstitucional la institución por entero. Es que nunca habría un Senado imparcial en los términos de la garantía" (conf. punto V, noveno párrafo del dictamen).

3.2.5. La violación del principio de la "cosa juzgada".

Señala el recurrente que su destitución reconoce fundamento en hechos anteriores al inicio de su segundo mandato, y aún a su reelección como

Jefe de Gobierno, causales cuya aptitud descalifica por encontrar precluída la oportunidad en razón de que habría sobrevenido a su respecto una suerte de *cosa juzgada*. En este orden de ideas, afirma que "…[a]un en un concepto extendido y laxo de 'mal desempeño', su discusión o análisis no podría estar referido a un mandato fenecido, terminado y, además, aprobado por la sociedad…", a lo que agrega, que "…[e]n un estado de derecho no hay juez por encima del cuerpo electoral que pueda juzgar las políticas públicas de un funcionario sometido al voto popular luego de que ese cuerpo electoral se expidiera favorablemente sobre su desempeño…" y, finalmente, señala que "[l]o contrario es pasar por encima de la cosa juzgada…".

No es sencillo despejar el punto, tanto por razones de alcance general como por las atinentes al desarrollo de este proceso. Cierto es, por una parte, que no existe una regla en la CCBA que establezca una prohibición de remitir la remoción a un mal desempeño anterior a la elección. Pero, también es claro que no habría sido natural hacerlo, toda vez que la cláusula no está específicamente concebida para supuestos de reelección.

Ello no es suficiente, empero, para sentar la regla según la cual basta que los legisladores hayan tenido en consideración hechos anteriores al mandato para tener por nula la remoción, sino, antes bien, aquella otra según la cual la calidad del desempeño medido ha de estar directamente vinculada con la pretensión a propósito de la cual debe pronunciarse la Sala Juzgadora, la extinción del mandato.

Es que los órganos permanentes del poder judicial tan sólo pueden, y, vale señalar, según una concepción desarrollada recientemente, examinar si el enjuiciado ha tenido suficiente oportunidad de desarrollar su defensa. Lo demás, esto es, ponderar la sabiduría y rectitud con que los legisladores convocados a este efecto hayan obrado, queda reservado al pueblo, cuyo pronunciamiento sólo puede ser obtenido en comicios democráticos.

Por otra parte, al expresarse la motivación del voto constitutivo de la decisión que pone fin a un proceso de este tipo, los integrantes del órgano emisor proyectan consecuencias sobre la determinación de los hechos considerados como causa de la destitución. Con estas limitaciones, los hechos centrales del juicio *sub examine* son posteriores a la elección de 2003. El resultado se desencadenó nuclearmente a partir de la noche del 30/12/2004. Las causas invocadas, cuyo examen no compete a este Tribunal, están repartidas entre una gestión primera y esta segunda. En buena medida corresponden a omisiones, mantenidas en el breve lapso que transcurre entre el inicio del mandato extinguido y el luctuoso suceso. Existen, a su vez, supuestos que la Sala de Juzgamiento estimó causales de remoción que sobrevinieron al episodio central.

El recurrente intenta hacer jugar la elección popular por la cual resultó reelecto como una suerte de convalidación o aquiescencia colectiva y tácita sobre eventuales faltas cometidas en su gestión previa a ese acto comicial. Ocurre que la Constitución local no contiene disposición alguna que avale esta interpretación en el capítulo específico dedicado a regular el juicio político.

Además, la argumentación del recurrente también llevaría a desconocer una regla básica que se utiliza, no sólo en el ámbito jurídico, para juzgar la oportunidad o tempestividad de los reclamos: la época o momento en que se toma conocimiento efectivo del hecho que genera el cuestionamiento. En este caso, las causas que motivaron la decisión de destituir fueron conocidas en su entidad y apreciadas políticamente recién a partir (y por), la desgraciada consecuencia que derivó de ellas —obviamente la relación de correspondencia entre la gestión ejecutiva del Dr. Aníbal Ibarra y el lamentable suceso de "Cromagnón" corre por cuenta exclusiva de la Sala Juzgadora de la Legislatura local—.

A todo evento, vale señalar que, en este aspecto, la cuestión se diferencia significativamente del citado precedente "Brusa", en tanto lo que allí se decidió fue que: "...remover a un juez de la Nación por este Jurado de Enjuiciamiento, a causa de hechos anteriores a su designación *y conocidos antes de ella*, implicaría atribuirle la potestad de revisar la designación de los magistrados federales efectuada por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, conforme los recaudos exigidos por la Constitución..." (conf. decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación del día 30/3/2000, considerando 16 del voto de la mayoría, el destacado ha sido añadido).

En tales condiciones, las razones invocadas, cualquiera sea el acierto o error del reproche, materia que está fuera de nuestra competencia decidir, están directamente relacionadas con la gestión cuyo curso fue interrumpido por el pronunciamiento impugnado.

El primer cargo consiste en la "ineficaz e ineficiente política de habilitación, verificación y control de actividades comerciales en el periodo comprendido entre agosto del 2000 y diciembre del 2004. Incumplimiento del art. 104 de la CCBA, incs. 2º y 9º". La referencia al periodo del mandato anterior obedece, en el pensamiento de la acusación, a que se habría verificado una conducta continuada desde agosto del 2000, es decir, que no se trata tanto de remitir a un hecho anterior sino al mantenimiento en el segundo mandato de algo comenzado previamente. El segundo es la "ineficiente e insuficiente asignación de recursos humanos y materiales para el desarrollo del control comunal". Este cargo no indica un tiempo específico, por lo que le caben, en alguna medida, considera-

ciones semejantes a las del punto anterior, el tercero invoca el "incumplimiento de lo dispuesto por el art. 105, inc. 6º de la CCBA". El cuarto cargo es la "negligencia en la adopción de medidas adecuadas en respuesta a las alertas institucionales de la Defensoría del Pueblo, de la Legislatura de la CABA y de las recomendaciones de la Auditoria General de la Ciudad". El quinto cargo es el "ineficiente e irregular ejercicio del poder de policía de habilitación y control, incumplimiento del art. 104, incs. 11 y 21 de la CCBA". El sexto "direccionamiento arbitrario de operativos de control y actividades comerciales". El séptimo "ineficacia e ineficiente política de prevención, repuesta ante emergencias en la CABA". El octavo "incumplimiento del plan maestro de defensa civil aprobado por dec. 2252/99". El noveno, "incumplimiento manifiesto de resoluciones administrativas y judiciales, principalmente, en materia de habilitaciones". Todos ellos, por tanto, pueden ser imputados temporalmente al segundo mandato como al primero.

3.3. Arbitrariedad de la decisión de la Sala de Juzgamiento por falta de fundamentos en ciertos votos que conformaron la mayoría.

El Dr. Aníbal Ibarra fue destituido por la causal de mal desempeño de sus funciones, merced a los diez votos de la mayoría de los integrantes de la Sala de Juzgamiento que coincidieron en tal decisión. De los cinco diputados restantes, cuatro requirieron su absolución y uno se abstuvo de pronunciarse en uno u otro sentido (ver fs. 807/808 del "Expte. de Juicio Político").

Si bien se agravia el presentante porque sostiene genéricamente que "los distintos votos emitidos por los integrantes de la Sala Juzgadora carecen de la debida fundamentación exigida por el art. 18 de la C.N.", en particular se circunscribe a cuestionar los votos de los diputados Romagnoli y Bidonde, sin hacer ninguna otra referencia específica a los demás. Por esta razón sólo cabe ceñir el agravio a la presunta falta de fundamentación que atribuye a los votos de los legisladores nombrados.

Ahora bien, más allá del debate teórico que podría darse respecto de la necesidad o no de fundamentar los votos de los legisladores que componen la Sala Juzgadora en el proceso de juicio político, en este caso concreto, es menester destacar que los diputados Romagnoli y Bidonde, al emitir sus respectivas opiniones, hicieron expresa referencia a las circunstancias que, a su entender, condujeron a respaldar el cargo de mal desempeño en el ejercicio de la función por el cual se había acusado al Dr. Aníbal Ibarra.

En efecto, ambos votos coinciden en afirmar que la motivación de la decisión adoptada se respalda en los antecedentes (exteriorizados en su momento en la acusación) relacionados con la conducta (activa y omisiva)

del recurrente en lo relativo a su gestión en el área de seguridad y control. En opinión de los diputados, esta gestión se llevó a cabo de manera ineficaz y contribuyó en forma directa para que tuviera lugar un hecho luctuoso ocurrido en el local "República Cromagnón".

En cuanto al voto del diputado Romagnoli (ver fs. 1386/1390 del "Expte. de Juicio Político"), más allá de las extensas consideraciones políticas que lo conforman, es posible afirmar que se hace expreso hincapié en las responsabilidades políticas del Dr. Aníbal Ibarra dentro del núcleo común a que nos referimos más arriba. A título de ejemplo puede leerse a fs. 1387: "...a pesar de todo esto, voy a sostener la responsabilidad de Aníbal Ibarra, convicción que se fue reafirmando y acrecentando al analizar su conducta política luego de ocurrida la masacre y antes de ser suspendido, es decir en el 'pos Cromañón', junto con la apreciación y valoración de los hechos que la ocasionaron y su responsabilidad en los mismos…" *(sic).* Más adelante se expresa: "Es inaceptable que el Jefe de Gobierno de una ciudad sin policía propia y seguramente con conocimiento de lo que son las 'zonas liberadas', los 'guiños' de protección para el funcionamiento de actividades fuera de la legalidad, no haya reclamado y exigido que —además del camino penal— se hiciera una profunda investigación sobre la red de corrupción dentro de esta institución y los responsables políticos de la misma desde el momento en que se sabía que en Cromañón existían prácticas de cohecho" (fs. 1388 vta.).

A fs. 1389 vta. se expone: "Algunos ejemplos que hacen al desempeño de Ibarra en el 'pre Cromañón' hacen que me remonte al momento en que implementa su política, utilizando sus atribuciones, tendiente a desmantelar lo que llamaría como 'Focazo de Corrupción'. // Aquel paso político administrativo, a partir de un problema realmente existente fue dado a medias" *(sic).*

Las transcripciones precedentes son suficientemente ilustrativas de que el voto del diputado Romagnoli estuvo fundado en la responsabilidad política del titular del poder ejecutivo en orden al suceso Cromañón, sin que quepa al Tribunal efectuar ningún análisis acerca de la manera en que la misma ha sido ponderada —en el caso por la causal de mal desempeño—, por corresponder al marco de discrecionalidad en el ejercicio de la atribución que la CCBA ha conferido a los diputados que conforman la Sala de Juzgamiento en el proceso de juicio político, y ser ajena, como tal, a la revisión por parte de este Tribunal (conf. doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Del Val", "Nicosia", "Moliné O'Connor", "Boggiano", entre muchos otros).

El mismo razonamiento se sigue del voto del diputado Bidonde: Un examen de características similares al anterior, también permite desechar

el vicio de falta de fundamentación que se atribuye a su voto. Así se advierte de las extensas descripciones de los elementos de juicio considerados por el legislador, que se hacen a lo largo de los diversos capítulos que integran el escrito de fundamentación que obra a fs. 976/1007 del "Expte. de Juicio Político" (*1.* Política de Seguridad y Control del GCBA 2000-2004; *2.* Alertas Institucionales; *3.* Las políticas de previsión, coordinación y respuesta ante las emergencias en general y a lo actuado en Cromañón en particular; *4.* El Estado como gestor de la Ciudad ilegal; *5.* Cromañón el 30/12/2004 según la justicia penal; etc), con los que se tiene por probado que "la política de seguridad durante la gestión 2000-2004 ha sido claramente contradictoria, poco planificada y con probadas situaciones de corrupción" (fs. 977 "Expte. de Juicio Político"); que se desatendieron alertas institucionales que "reflejaban la poca eficacia en el área de Control" (fs. 984 "Expte. de Juicio Político"); que "hubo incumplimiento por parte del GCBA del Plan Maestro Metropolitano de Defensa Civil" (fs. 995 "Expte. de Juicio Político"), y en la "implementación de la coordinación de los sistemas de emergencia" (fs. 996 "Expte. de Juicio Político"); que la ineficacia de "la política de control durante el período 2000-2004 resultó condición necesaria para que pudieran desarrollarse diferentes actividades comerciales privadas en una clara situación de ilegalidad" (fs. 998 "Expte. de Juicio Político"); etc.

No es dudoso que el acto que dispone la remoción de quien se encuentra sujeto al mecanismo del juicio político debe reconocer como causa alguna de las expresadas, en términos que dejan librado un vasto campo de discrecionalidad a la Sala de Juzgamiento, en el art. 92 de la CCBA. Su motivación no obstante no está sujeta a cánones tan rigurosos como los que reconocemos aplicables a los fallos judiciales. Así lo vieron también los senadores Rocha Errecart y Weidman al exponer, en el mes de mayo de 1960, las razones que llevaron al Senado a rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del juez David S. Klappenbach contra la decisión de dicho cuerpo que lo destituyera de su cargo. En aquella oportunidad, los argumentos de la defensa se centraron en la falta de fundamentación que padecía la decisión del Senado. Requisito que, según la defensa, "…surge, constitucionalmente, ante todo, de la expresión 'juicio' empleada en los arts. 51 y 102, y seguidamente de las palabras 'juzgar' y 'fallo' empleadas en los arts. 51 y 52, que nos remiten a la doctrina del derecho público sobre la esencia de todo juicio y sentencia…" *(sic)* como así también, de la "…exigencia de publicidad de los actos de gobierno…". El senador Rocha Errecart señaló: "…que nuestro sistema es totalmente distinto al *impeachment* inglés, porque éste —aparte de la circunstancia de que podría ser aplicado a cualquier súbdito— atribuye al

cuerpo legislativo con facultad de juzgar la potestad de aplicar una pena atinente al delito juzgado. Vale señalar que en Inglaterra el órgano parlamentario reprime al funcionario de la misma manera como lo haría un juez ordinario. // Si éste fuera el sistema que ha servido de base, de fundamento o antecedente a nuestro juicio político, evidentemente el razonamiento de los abogados apelantes tendría una sólida base de sustentación. Pero ello no es así. Nuestro sistema sigue, como es sabido, el modelo americano, lo que significa que en el juicio político nuestro Senado no sustituye a los magistrados ordinarios para aplicar las penas del derecho común. Los constituyentes de 1853 asignaron al Senado una función básicamente distinta a la de los jueces, que tiende: primero, a hacer efectiva en todos los supuestos la responsabilidad política de ciertos funcionarios y magistrados. Así lo sostuvo Rafael Bielsa en su *Derecho administrativo*, edición del año 1947, t. II, p. 301 y ss.; segundo, en otros casos —cuando media un delito de derecho común— aquella función del Senado a que me referí anteriormente, o sea la responsabilidad política, supone la celebración de un verdadero antejuicio, indispensable para que, una vez producida la destitución, los funcionarios o magistrados de que se trata, puedan ser sometidos a la justicia ordinaria. *(sic)* […] una de las características más singulares del sistema argentino es la que confía el ejercicio de la atribución *sub examine* a un cuerpo de índole política y presumiblemente integrado por legisladores que, en su mayoría, no son técnicos en cuestiones jurídicas. Y esto no es el fruto de la casualidad, porque cuando en los Estados Unidos se discutió la posibilidad de entregar el juicio político de los funcionarios a un tribunal de derecho o al Poder Legislativo, se eligió —acertadamente, a mi juicio— el atribuirlo al Senado, es decir al órgano constituido por personas presumiblemente legas en la materia del derecho. Y en el Congreso de 1853, el constituyente Gorostiaga —que posteriormente integró la Corte Suprema— afirmó expresamente que el Senado, al actuar en juicio político: 'se erige en gran jurado saliendo de las condiciones ordinarias de su ejercicio'. // Para mí ésta es la idea central y la que nos da la esencia jurídica de la cuestión en debate. El Senado no se desempeña en este caso como tribunal de justicia constituido por magistrados expertos en derecho que dictan sentencia, sino que lo hace, más bien, como jurado compuesto por legisladores posiblemente legos, que expresan su decisión política a través de un veredicto...". A su turno, el senador Weidmann afirmó que "…[p]ara establecer la motivación de una sentencia, para hacer el desmenuzamiento de los distintos capítulos de cargos y descargos de la defensa; para preciar y valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como se hace en los tribunales de derecho, hay que ser letrado, y aquí, en este Senado, como en todos los cuer-

pos que nos han precedido en la historia parlamentaria, jamás la Constitución ha exigido la condición de letrado. Llevar la hipótesis de la defensa a los extremos a que ella pretende, significaría que los senadores no letrados, en el sentido jurídico de la palabra, es decir, sin capacitación jurídica —sea por la obtención del título universitario habilitante o por la posesión de una capacidad adquirida fuera de los claustros—, estarían obligados a seguir ciegamente los dictámenes y las fundamentaciones dadas por los colegas que son letrados, lo cual es contrario a elementales normas de respeto a la integridad de conciencia de los hombres…" (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, Año 1960, pp. 344 a 352).

Vale reiterar que el Reglamento del Senado establece que "Terminada la sesión secreta y el día que el Tribunal acordare, lo que pondrá en conocimiento de las partes, el Presidente del Tribunal, en sesión pública se dirigirá a cada uno de sus miembros y les preguntará si el acusado es culpable de los cargos que se le hacen, debiendo hacer una pregunta por cada cargo que la acusación contenga. La única respuesta será 'Sí' o 'No'".

Notablemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, en composición anterior a la actual y con las disidencias de los ministros Levene (h), Bossert y Petracchi, examinó la situación del destituido Gobernador de la Provincia de San Juan Jorge Alberto Escobar, en la causa: "ATE San Juan", requirió en los diversos votos singulares que conformaron la mayoría, que la decisión de la Legislatura individualizara las razones que sustentaban la resolución o contara con la expresión de los fundamentos que le sirvieron de respaldo o que lo decidido no se ciñera a una mera constatación numérica de los votos emitidos que conducían a la remoción. Buscó apoyo a ese parecer en una interpretación de la ley local 5496, cuyo texto es similar al del transcripto reglamento del Senado de la Nación. Más allá de que no es aplicable esa fuente para extender idéntica exigencia a nuestra Ciudad, no parece compatible la interpretación de la aludida ley local (cuya constitucionalidad no fue puesta en tela de juicio) a la luz de su texto y contexto. Por lo demás, estaba obviamente fuera del alcance de la jurisdicción del art. 14 de la ley 48. Tan sólo el ministro Moliné O'Connor adujo como fundamento el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, principio que, más allá de su alcance, sí sería aplicable en nuestro ámbito, a diferencia de la ley sanjuanina pero cuya relación con la solución que respaldó no le mereció atención específica. Es indubitable que este déficit no concurre en el *sub examine*, ni siquiera, como ya se ha visto, en el voto de los legisladores en los que la defensa centra sus agravios, por cuanto el escrutinio realizado denota una fundamentación suficiente, ya que no se impone una apreciación exhaus-

tiva y rigurosa de las manifestaciones o fundamentos de cada diputado acerca de los reproches al Jefe de Gobierno para fundar la causal de mal desempeño y consiguiente destitución.

Aunque expresado de un modo más críptico, ese parece ser el criterio seguido en la causa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re*: "Aguirre Roca", si bien en su considerando 80 se observó que el acto separativo carecía de expresión de fundamento, seguidamente repasó las causas de violación del art. 8º de la CADH, no mencionando entre ellas esa omisión, al predicar en el considerando 81 que: "Este Tribunal ha señalado recientemente que las garantías establecidas en el art. 8º de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos. En el caso *sub judice* sucedieron los vicios apuntados (supra 80), lo cual no permitió a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecidas en la Convención. Con ello en el caso en estudio se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso". Aunque de la lectura de los mentados considerandos podría suponerse implícito el deber de fundar exhaustivamente la decisión, cuando se pasa lectura a los considerandos siguientes, se llega a una conclusión contraria, pues apuntan esencialmente al derecho de defensa en el proceso. Allí puede leerse:

"*82.* En cuanto al cambio en el objeto de la indagatoria de la Comisión de Investigación, ello no sólo transgredió el mandato expreso y la prohibición de revisar las actuaciones jurisdiccionales del tribunal de garantías establecidas por el Congreso, sino que además su actuación supuso que se violentaran las mismas normas de procedimiento interno que garantizaban el derecho de defensa de las supuestas víctimas. En cuanto a este último punto, el art. 88, inc. d) del Reglamento del Congreso establece que 'quienes comparezcan ante las Comisiones de Investigación tienen el derecho de ser informados con anticipación sobre el asunto que motiva su concurrencia. Pueden acudir a ellas en compañía de un abogado'. Evidentemente, cuando los magistrados comparecieron ante la Comisión de Investigación, su intervención respondía a las denuncias hechas por la magistrada Revoredo y no a las supuestas anomalías que se produjeron en el Tribunal Constitucional con ocasión de la adopción de la decisión y aclaración sobre la reelección presidencial, razón por la cual los magistrados no pudieron hacer conocer su postura con respecto a este punto.

83. Lo antedicho produjo la consiguiente restricción del derecho de defensa de los magistrados para presentar los descargos correspondientes

a las imputaciones que se presentaban en su contra. Por una parte, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio. El plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado. Por otra parte, a los magistrados inculpados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución.

84. De conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal, es evidente que el procedimiento de juicio político al cual fueron sometidos los magistrados destituidos no aseguró a éstos las garantías del debido proceso legal y no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador. Además, la Corte observa que, en las circunstancias del caso concreto, el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional.

85. Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales, en perjuicio de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, consagrado en el art. 8º de la Convención Americana".

Este lenguaje no refiere específicamente a la actuación de los jueces sino antes bien o primordialmente a la del enjuiciado. A su vez, aunque consideráramos a la motivación englobada en el concepto amplio de "las garantías establecidas en el art. 8º de la Convención Americana", no cabe inferir cuál es la relevancia de la ausencia de motivación separada de las otras observaciones y, menos aún, qué exigencias debe reunir la motivación para superar el mínimo debido. En cualquier caso, parece razonable pensar que fue criterio de la Corte Interamericana aquel según el cual, cuando el acto emana de un cuerpo parte del Poder Legislativo, no cabe requerir de él la observancia de formas propias de los órganos que forman parte del Poder Judicial.

El tipo de fundamento ha sido estimado suficiente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Boggiano", causa en la que se encontraba cuestionada la decisión del Senado por falta de fundamentos (ver punto G del dictamen del Procurador General de la Nación). El fundamento tiene que ser visto en función del control que sobre él se puede ejercer, control que hasta ahora el Alto Tribunal ha ceñido a establecer si se dan las formas del proceso y se ha asegurado la defensa. Si hubiera considerado los fundamentos una cuestión justiciable, pudo haber revisado, con mayor alcance, las causas de juicio político llevadas ante sus estrados.

3.4. Los planteos subsidiarios.

Tras los agravios de arbitrariedad, y "para el improbable supuesto" de que fueran rechazados (ver fs. 126 del "Expte RI"), el Dr. Aníbal Ibarra plantea una serie de asuntos que en algunos casos reproducen cuestionamientos ya introducidos en la primera imputación de arbitrariedad de la decisión de la Sala de Juzgamiento y en otros son novedosos. Ellos son: la violación a la garantía de legalidad, la violación del derecho a una acusación, la violación de la garantía del juez natural, la violación de la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial y la violación del derecho a un juicio público.

No se reiterará aquí lo expresado en los puntos anteriores sobre los agravios construidos alrededor del derecho a una acusación y las garantías del juez natural y del tribunal imparcial, por lo que corresponde remitirse a las partes pertinentes del voto.

3.4.1. La garantía de legalidad.

En este punto el recurrente sostiene que se "ha violado la garantía de legalidad reconocida, entre otros, por los arts. 18 y 19 de la C.N., 30 de la CADH y 13.3 de la CCBA" (fs. 125 del "Expte. RI").

Funda su aserto en la ausencia de una ley formal que organizara el proceso al que fue sometido, al expresar que "el cuerpo legislativo jamás sancionó ley alguna destinada a regular el procedimiento de juicio político" (ver fs. 128 "Expte. RI"), al referirse a la opinión consultiva OC 6/86, de fecha 9/5/1986 de la CIDH, y al argüir que ello ha sido reconocido expresamente por la Legislatura al sancionar la ley 54, que regula el procedimiento de remoción de magistrados e integrantes del ministerio público local. En particular, a partir de este último razonamiento, colige que habría una violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), "en tanto no existe ninguna 'razón objetiva' para otorgar a los citados funcionarios la garantía de ser juzgados conforme a un procedimiento regulado previamente por una ley formal sancionada por la Legislatura y, al mismo tiempo, someter al suscripto a un proceso *ad hoc* en el cual las reglas aplicables fueron creadas discrecionalmente por la Legislatura a medida que avanzaba el juicio …" (ver fs. 130 "Expte. RI").

De otro lado, también dice que el vicio no quedó subsanado "con la decisión del Presidente de la Sala Juzgadora, doctor Julio Maier, de aplicar al caso las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación", porque "la Sala Juzgadora en numerosas oportunidades a lo largo del citado juicio, se apartó abiertamente de lo regulado expresamente por el CPPN sobre la cuestión", y cita como ejemplo la intervención del diputado Romagnoli en la votación de su propia recusación, que "la mayoría de los

jueces incumplió con la directiva de presenciar de manera ininterrumpida las audiencias de juicio", y que "las deliberaciones de los jueces para dictar sentencia no fueron secretas sino que se convirtieron en discursos políticos…" (ver fs. 133 "Expte. RI").

Al examinar la cuestión planteada, en primer lugar, se observa en punto a la violación a la garantía de legalidad formal que ella fue introducida en oportunidad del recurso de inconstitucionalidad, por ello, tardíamente. Al respecto el Tribunal tiene dicho que "La cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla, pues la articulada con posterioridad a la sentencia del tribunal superior de la causa no habilita la intervención del Tribunal Superior de Justicia por medio del recurso de inconstitucionalidad y el planteo debe ser considerado extemporáneo por tardío" —conf. este Tribunal en: "Consorcio de propietarios edificio 86 (ex 78) nudo 2 barrio Soldati c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1286/01, sentencia del 20/2/2002 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 48 y ss.; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara CAyT— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado y su acumulado, expte. nº 1312/01, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Consorcio de propietarios Avda. Dellepiane 4800 Torre 10 (ex 14) Barrio Cardenal Copello c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas'", expte. nº 1302/01, sentencia del 20/3/2002 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], ob. cit., t. IV, pp. 88 y ss.; "Celia S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Celia S.A. c/Gobierno de la Ciudad s/contrato de obra pública'", expte. nº 3797/05, sentencia del 3/8/2005; "Prichoda Darío Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prichoda, Darío Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4604/06, sentencia del 23/8/2006.

En segundo lugar, el criterio pretendido por la defensa implicaría, lisa y llanamente, que el instituto de juicio político previsto en los arts. 92, 93 y 94, CCBA, no sería aplicable hasta que la Legislatura no dictara una ley para reglamentarlo. En otras palabras, que esta herramienta de control político estaría sujeta a la condición suspensiva de su regulación mediante una ley formal, a pesar de que está constitucionalmente regulada a través de pautas suficientes para ser plenamente operativa, tales como la división de la Legislatura en una Sala Acusadora y otra de Juzgamiento, la composición de ambas salas, la presidencia y funcionamiento de ellas, las mayorías necesarias para acusar y destituir, el respeto al derecho de de-

fensa, las consecuencias de la acusación, de la condena y de la absolución, el plazo máximo en el que la Sala de Juzgamiento debe realizar su trabajo, etcétera.

En tercer lugar, en todo caso, una oposición a lo dispuesto en el art. 82 del Reglamento Interno de la Legislatura habría requerido el planteo oportuno de su inconstitucionalidad, a fin de que pudiera tenerla en consideración el órgano legislativo al que la CCBA atribuyó la misión de juzgar políticamente.

En cuarto lugar, no se advierte afectación alguna al principio de igualdad ante la ley, pues, por lo expresado más arriba, no cabe parangonar, en este aspecto, a los jueces con el Jefe de Gobierno ni al juicio político con el que emite el Jurado de Enjuiciamiento.

La igualdad establecida por el art. 16 de la C.N. 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. Es decir que esa garantía implica igualdad de trato a quienes se encuentran en iguales circunstancias, de manera que cuando éstas son distintas nada impide un trato también diferente con tal que éste no sea arbitrario o persecutorio (*Fallos,* 153:67; 229:428 y 311:394, entre muchos otros).

Tal es lo que sucede en el *sub iudice* en que la naturaleza de los sujetos; juzgador y enjuiciado, a los que se refiere el recurrente, son distintos: en un caso, ni el jurado de enjuiciamiento ni los jueces representan la voluntad popular, de ahí que no haya inconsistencia en prolongar sus mandatos y superponerlos con los nuevos; en el otro, la Legislatura —un órgano político plenamente integrado por intermedio de la voluntad popular—, dividida en Salas de Acusación y Juzgamiento y autoridades de naturaleza política. A ello se agrega que, también, son distintas las demás circunstancias atinentes a las funciones, las pautas y las causales que son propias de unos y de otros procedimientos de remoción establecidos en la CCBA.

En quinto y último lugar, como el presentante se agravia de que "la Sala Juzgadora en numerosas oportunidades a lo largo del citado juicio, se apartó abiertamente de lo regulado expresamente por el CPPN...", hay que puntualizar que la utilización supletoria (y aún directa) del Código Procesal Penal de la Nación, de todas maneras no implicaba su aplicación rigurosa e inflexible como debe ocurrir en un proceso *penal*. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "cobra aquí relevancia el hecho de que no siendo el juicio político un proceso penal, el rigor de la formas procesales no puede ser exigido con la solemnidad de tales causas..." (conf. "Moliné O'Connor", considerando 13 del voto de la mayoría).

De todas maneras, en orden a los concretos episodios que menciona el recurrente en este capítulo de su recurso de inconstitucionalidad, las

cuestiones atinentes al diputado Romagnoli participando de la votación de su propia recusación y la ausencia de integrantes de la Sala durante las audiencias, no tienen el alcance que el recurrente pretende (ver puntos 3.2.4.2 y 3.4.2 de este voto). Otro tanto corresponde decir en orden al cuestionamiento de que "las deliberaciones de los jueces no fueron secretas", en la medida de que no se explica —ni mucho menos se prueba— de que manera hubiera variado la suerte del juicio en caso de haber tenido ese carácter (conf. pautas señaladas en el punto 2), aún suponiendo que el secreto fuere apropiado a la situación que nos ocupa.

A ello se agrega que el recurrente también admitió el apartamiento de las reglas estrictas del CPPN con arreglo a las peculiares características del proceso al que estaba sometido, cuando acordó, por ejemplo, prescindir de la lectura de la acusación (ver fs. 166 "Expte. VTSJ") al inicio de la primera audiencia del debate.

3.4.2. El derecho a un juicio público.

A fs. 159/166 "Expte. RI" se agravia el Dr. Aníbal Ibarra por la violación del derecho a un juicio público (arts. 8.5. de la Convención Americana y 13.3, CCBA), con sustento en "todas y cada una de las ausencias de los señores legisladores integrantes de la Sala Juzgadora al salir del recinto del debate durante la recepción de la prueba testimonial" (en particular ver fs. 165).

Este es un asunto que sólo fue planteado por la defensa en ocasión de la audiencia de fecha 28/12/2005 realizada a pedido del Dr. Aníbal Ibarra en los términos del art. 61 del CPPN, pero que, en realidad, había sido resuelto previamente —en su reunión de la víspera— por la Sala de Juzgamiento, en el sentido de que sólo era necesario que se cumpliera con el quórum y mayoría que estipulaba el Reglamento Interno de la Legislatura para el funcionamiento de las comisiones, salvo en relación a la exigencia puntual de mayoría calificada de los dos tercios de los miembros que prevé el art. 94, CCBA, para la eventual resolución de destitución (ver fs. 3/109, "Expte VTSJ").

Al respecto consideramos que, partir de las normas explícitas establecidas en la Constitución para regular este proceso, también se derivan parámetros implícitos que han de tenerse en cuenta para que la institución pueda ser de aplicación pues, de otra forma, perdería su razón de ser al estar establecida sin poder ser empleada.

Tal es lo que ocurre a partir del plazo máximo de cuatro meses que la Sala de Juzgamiento tiene para emitir su fallo, pues dicho límite temporal condiciona —excluye— por ejemplo, la aplicación de cualquier norma que pudiera exigir la presencia permanente de los quince miembros de la

Sala de Juzgamiento —v. gr. art. 365, inc. 4º, CPPN— y, paralelamente torna admisible que sea suficiente la existencia de un quórum (es decir de un mínimo de diputados presentes) y de una mayoría para adoptar decisiones, como —según se ha expresado— lo decidió dicha Sala en sus reuniones de los días 27 y 28/12/2005 (ver fs. 3/109 del "Expte. VTSJ").

Es aplicable aquí también la doctrina según la cual el primer intérprete de una atribución es el órgano al que toca ejercerla (*in re*: "Cullen"). En ese orden de ideas, la solución adoptada aparece como racional tratándose de un órgano colegiado sin duda numeroso y, además de naturaleza parlamentaria, como lo es la Sala de Juzgamiento de la Legislatura.

Para corroborar lo expuesto basta imaginar que con la exigencia de los quince miembros siempre presentes, la ausencia voluntaria y premeditada de alguno que quisiera impedir el desarrollo del juicio político, llevaría el proceso irremediablemente al fracaso, pues nunca podría avanzar y se llegaría así al plazo inexorable de los cuatro meses. Esto es, la exigencia supone tanto como imponer la condena solamente por unanimidad o, dicho de otro modo, otorgar derecho de veto a cada miembro de la Sala. Ello va en contra de la CCBA.

En este sentido puede, asimismo, advertirse, que el recurrente no ha alegado que la Sala de Juzgamiento hubiera funcionado sin quórum, o adoptado resoluciones sin las mayorías necesarias, y tampoco ha demostrado —en contraposición con la doctrina de la Corte que se ha citado repetidas veces en este voto— de qué forma se ha resentido el derecho de defensa por este motivo y cómo hubiera cambiado el destino del proceso si todos los miembros de la Sala hubieran estado siempre presentes al momento de la recepción de la prueba testimonial.

En el mismo orden cabe mencionar que un agravio de características similares —fundado en la recepción de la prueba ante una Comisión del Senado en lugar de producirse ante el Senado de la Nación en pleno— ha sido motivo de tratamiento y rechazo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Nicosia" (considerando 21 del voto de la mayoría), con remisión a la opinión del *Chief Justice Rehnquist* vertida en el caso "Nixon" fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 13/1/1993, en el sentido de que "la Constitución norteamericana —art. I, sec. 3, cl. 6— no resultaba violada por el hecho de que la prueba producida en el enjuiciamiento hubiese sido recibida por un comité de senadores y no por el Senado en pleno *(the full Senate)*".

4. Sostiene el recurrente que basta para anular el proceso mostrar que fue llevado a cabo mediando apartamiento del debido proceso, sin que le sea menester acreditar gravamen derivado de ello. Esta proposición es

difícil de generalizar con ese alcance. Cierto es que, en ocasiones, la inobservancia de una regla de aquellas que rigen los procesos penales conlleva como consecuencia la nulidad de un acto o aún la de todo el proceso. Pero, no es esta consecuencia necesaria, ni aún natural, del incumplimiento de una regla procesal o de las exigencias mínimas constitucionalmente exigibles como contenido de esas reglas. En todo caso, más natural es interpretar la garantía como modo de evitar perjuicios, y como meramente ritual la exigencia de cumplimiento cuando la inobservancia no acarrea daño alguno. Ciertamente, empero, la aplicación no ha de requerir prueba del gravamen, si éste es el sentido inequívoco de una regla válida. Hasta podría ocurrir que una regla dispusiera válidamente anular los actos o procesos en que fuera ignorada cierta formalidad con total prescindencia de que su inobservancia fuera en algún sentido perniciosa. Pero, esa consecuencia debería estar prevista en la norma, no ser fruto del arbitrio del juez. Dicho sintéticamente, el principio es aquel según el cual no existen nulidades si no media norma que la prescriba, ni en ausencia de gravamen, a menos que hubiera elementos inequívocos y una razón válida y solidamente fundada para interpretarlas de esa manera.

Exigir que quien busca protección en esta interpretación de una garantía constitucional acredite que la inobservancia de la fórmula le ha ocasionado un perjuicio cierto, no resulta suficiente para tornar ilusoria la tutela judicial cuyas líneas han sido desarrolladas con amplitud.

Menos aún cuando, a la luz de una razonable ponderación de los valores que se encuentran en juego, y tal como se ha expresado a lo largo de este voto, el propio interesado no se ha hecho cargo de explicar de manera suficiente por qué motivo a un proceso de responsabilidad política deben trasladarse en bloque todos los principios propios del proceso judicial y en especial del penal (v. sobre el punto, por ejemplo, las reflexiones que se formulan en torno a la regla del "beneficio de la duda" delineado en el proceso judicial penal y su diferente aplicación, a partir de la incidencia del marcado interés público que caracteriza a los procesos de remoción de magistrados, en: Santiago, Alfonso (h.), "El sorpresivo final del primer proceso de remoción a un juez porteño; *LL,* 2006-C-203; Quiroga Lavié, Humberto, "Naturaleza institucional del jurado de enjuiciamiento", *LL,* 2000-B-1008; en igual sentido los votos del senador Agúndez en los fallos "Brusa" y "Murature").

Así, de cara a la sociedad, y teniendo en cuenta que el órgano del cual emana la decisión que se objeta es nada menos que una porción de la Legislatura que puede fijarse sus propias reglas de actuación, no resulta pertinente hacer caer el máximo peso que posee una sanción legal en nuestro derecho —la nulidad—, frente a un planteo que encuentra su funda-

mento en el llamado "rigor formal" pero que carece, en esencia, de sustancia justificante

5. En conclusión, los planteos del señor Aníbal Ibarra o bien son inconducentes o bien no son suficientes para demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente que en el proceso de su remoción haya existido afectación grave a las reglas del debido proceso, con relevancia bastante para variar la suerte de la causa, de conformidad con las pautas que fueron expuestas en el punto 2 de esta sentencia, que reiteradamente hemos mencionado a lo largo de este desarrollo.

En el caso, el recurrente ha tenido una acusación suficiente oportunamente notificada, ha contado con asistencia letrada, ha tenido la oportunidad de ofrecer y producir la prueba de la que pudo valerse, y ha sido destituido con las mayorías exigidas debate mediante, en cuyo transcurso fue cabalmente oído, por lo que no se ha conculcado la garantía constitucional del debido proceso ya que no hubo privación o restricción sustancial o efectiva del derecho de defensa en juicio, en los términos en que esa garantía es exigible a un órgano político como la Sala de Juzgamiento de la Legislatura.

6. Por todo lo expuesto, estimamos que corresponde desechar parcialmente la queja, y por los agravios en que ha sido habilitada limitadamente esta instancia, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el ex Jefe de Gobierno.

Si todos los fallos de los jueces deben poder ser conocidos y, más aún, comprendidos por la sociedad, el presente es uno de aquellos en que el deber de facilitar ese conocimiento pesa sobre nosotros con más intensidad debido al interés que el caso suscita. Si a ese fin existe un instrumento indispensable es el empleo de un lenguaje intencionadamente llano a fin de que puedan examinarnos no solamente los peritos sino los legos y sin que ello les implique un esfuerzo exagerado (el X Congreso Nacional y II Iberoamericano de Capacitación Judicial realizado en Mar del Plata, entre otros, ha recomendado el cumplimiento de esta meta a los jueces). La gestión de gobierno interrumpida, y más específicamente la decisión de reponerla, les interesa directamente.

Ello nos mueve a hacer una específica aclaración. Este voto no hace suyo el parecer de la sala de juzgamiento, ni lo desestima. Simplemente, entiende que no se ha hecho pasible de revocación como consecuencia de los defectos apuntados por el recurrente, en tanto esos defectos o no existen o no tienen la intensidad que un supuesto de esta especie exige. Según explicamos, los criterios que los legisladores aplican para evaluar el desempeño de un órgano político, como es el jefe de gobierno, son bastante

más amplios que los que puede aplicar un juez y, por cierto, incluyen aquellos acerca de los cuales se puede discrepar políticamente y a cuyo respecto ilustran las plataformas de los candidatos que disputan comicios. Esto no opaca el valor de esos criterios sino que pone de resalto que su selección y aplicación incumbe a otros jueces, los legisladores y, en última instancia, al pueblo, no a los magistrados del Poder Judicial. Nuestro tratamiento del recurso no significa tomar posición en cuanto a los cargos imputados al Dr. Aníbal Ibarra. Una inhabilitación habría llevado a un examen más profundo, pero ello no ocurrió, por decisión de la sala de juzgamiento. Esta circunstancia es trascendente, pues es la que posibilita al pueblo pronunciarse con toda la intensidad que el propio Ibarra le permita. En lo inmediato, formándose juicio, en un futuro, optando en comicios, si Ibarra decide postularse.

Así lo votamos.

El juez JOSÉ O. CASÁS agregó:

Es del caso advertir, con un énfasis particular, para no extraer conclusiones equivocadas, que la decisión a la que arribo en el voto conjunto que suscribo con mi distinguida colega, la doctora Ana María Conde, no importa hacer propios los fundamentos tenidos en vista por la Sala de Juzgamiento, al reprochar mal desempeño de sus funciones y destituir al doctor Aníbal Ibarra como Jefe de Gobierno, ni tampoco replicarlos, por cuanto, en tal caso, ello importaría volver a condenarlo o redimirlo en términos políticos, invadiendo esferas que exceden ampliamente las competencias de esta magistratura judicial, por constituir el núcleo mismo de la decisión un asunto resuelto, con fundamentos bastantes, más allá de su opinable acierto o error, sobre la base de hechos comprobados en la causa y registrados en el imaginario colectivo con pautas preponderantemente políticas y no exclusivamente jurídicas, en el limitado ámbito que, para algunos, constituye el enclave mínimo de las cuestiones no justiciables, conformado: por una parte, por los actos cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales; y por otra, por los actos de relaciones intraconstitucionales, también de los órganos superiores que imbrican a los poderes públicos —así en España "del Jefe de Estado o del Consejo de Ministros con las Cortes o con el Parlamento, según los regímenes: remisión de proyectos de ley, cuestiones de confianza, fijación del orden del día, disolución de las Cámaras, convocatoria de elecciones, etc."— (conf. García de Enterría, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., reimpresión, capítulo VI: "La inmunidad de los llamados actos políticos o de gobierno", pp. 50 y ss., en particular pp. 58 y 59, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995).

Debe precisarse que el apuntado enclave mínimo a que se alude en el párrafo anterior —pues las inmunidades del poder tienden sensiblemente a restringirse, en tanto la lucha por el Derecho alcance la alta cota de concebir al Estado de Derecho como un *Estado de Justicia*, enderezado hacia una justiciabilidad prácticamente plena—, queda restringido, en este caso, al enjuiciamiento por un Poder político (la Legislatura) de los máximos funcionarios que integran otro Poder político (el Poder Ejecutivo), lo que conduce a resolver, al tiempo de apreciar la *causal de mal desempeño*, con una valoración y óptica también política, los hechos conocidos como "tragedia República de Cromagnón", advirtiendo que lo antes dicho no es predicable respecto del procedimiento de remoción que pueda seguirse a los altos dignatarios del Poder Judicial, totalmente alejados de la actividad política (miembros del Tribunal Superior de Justicia, integrantes del Consejo de la Magistratura y cabezas del Ministerio Público o, por vía del Jurado de Enjuiciamiento, a los restantes magistrados y funcionarios), ya que de no ser así se prohijaría la interferencia de la política —a veces facciosa— en la Justicia, con grave menoscabo a su independencia, rectitud, serenidad de juicio y prudente obrar, cuya imparcialidad constituye el presupuesto y soporte fundamentales de la forma republicana de gobierno, tal cual la concibió la Constitución de Filadelfia y las Cartas Políticas de los argentinos (Constituciones nacional y local).

Mi cometido se ha ceñido a transitar por el angosto e intrincado sendero desbrozado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que es menester revisar, en decisiones como la que nos ocupa —emanadas en el orden federal de la Cámara de Senadores como órgano político—, si se han satisfecho, en términos de procedimiento en las instancias del *iter* legislativo que motiva la resolución, las exigencias fundamentales del debido proceso adjetivo y de la salvaguarda del derecho constitucional de defensa —todo ello sobre la base de hechos determinantes ciertos, como es el acaecimiento en el campo fenomenológico de la realidad de los que conformaron el infortunio de "República de Cromagnón"—, lo que me ha permitido arribar a la conclusión de que los agravios agitados por el recurrente no poseen la entidad, intensidad ni gravedad necesarias para conmover, en el caso, la resolución recaída en el juicio político mediante mayoría calificada —dos tercios de los integrantes de la Sala Acusadora y luego de la Sala Juzgadora— de quienes revisten la calidad de representantes de los vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ajustándose a la forma y modalidades contemplados en la Suprema Carta Política local.

Se trata, en esta causa, de no traspasar los límites que señalizan el ceñido sendero antes aludido, el cual se ve flanqueado, a su vez, a cada

una de sus veras, por escabrosos precipicios institucionales. Por un lado, se corre el riesgo de convalidar la, a veces, inicua y reprochable *justicia de los políticos* —condenada severamente por el catedrático español Jesús González Pérez (*La justicia administrativa en España*, Capítulo VI: "Conclusión", pp. 157 y ss., en particular p. 158, Cuadernos Civitas, Madrid, 1974)—, que incluso describen algunos cuando aluden al juicio político como *juicio partidista* o, más irónicamente todavía, como *circo político,* con independencia de que estas puntuales expresiones no necesariamente son compartidas por el suscripto (ver Sagüés, Néstor P.: "Revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el juicio político", ob. cit., punto I, nota 1 al pie de página, p. 1335). Por otro lado, y al mismo tiempo, se debe evitar caer en la tentación y soberbia de ejercitar el contrademocrático —por la forma de elección de la magistratura judicial— y, a veces, contramayoritario —por la naturaleza conservadora que en muchos casos se asigna a quienes ejercen un cargo en forma vitalicia— *gobierno de los jueces* (ver Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unís - L'èxperience américaine du controle judiciaire du constitutionnalité des lois*, capítulo I: "Gouvernement par les juges et gouvernement parlamentaire. Les fondements américains du gouvernement judiciaire", pp. 8 y ss., y capítulo VIII: "La consolidation du gouvernement des juges", pp. 109 y ss., Marcel Girad, París, 1921), pues si bien los magistrados podemos votar como ciudadanos en los comicios generales, debemos, al ejercer nuestro ministerio, evitar cuidadosamente cuanto pueda coadyuvar a que nuestro ánimo aparezca turbado por las revueltas pasiones de los partidos —inédito Preámbulo del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial Español finalmente sancionado el 15/9/1870— (conf. Ruíz Jarabo: *Homenaje a una ley centenaria*, pp. 60 y 61, Madrid, 1970; citado por Jesús González Pérez en: *La justicia administrativa en España*, ob. cit., p. 159). Es que, desde los momentos más tempranos del alumbramiento del constitucionalismo en América y de la adopción de las formas republicanas, se sostuvo, a través de la calificada pluma de James Madison, que: "Todo el mundo está de acuerdo en que los poderes propios de uno de los departamentos no deben ser administrados completa ni directamente por cualquiera de los otros. Es también evidente que ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a la administración de sus respectivos poderes. No puede negarse que el poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen. Por tanto, después de diferenciar en teorías las distintas clases de poderes, según que sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial, la próxima tarea, y la más difí-

cil, consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros" (Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *El Federalista o la Nueva Constitución*, ensayo XLVIII, atribuido al político y jurista apuntado en este párrafo, pp. 214 y ss. en particular p. 214, Fondo de Cultura Económica, México, 1943).

También estimo que es preciso tener en cuenta el rol prevalente de los órganos depositarios de la *voluntad general*, esto dicho en la significación rousseauniana respecto de la Legislatura y su actuación desdoblada en el juicio político. Todo ello desde la perspectiva de la temprana afirmación contenida en el *dictum* del *Chief Justice* Morrison R. Waite, quien dando la opinión de la Corte de los Estados Unidos de América en el fallo recaído en la causa "Munn v. Illinois", puso de relieve que: "Para la protección contra los abusos de la Legislatura, el pueblo debe recurrir a las urnas y no a los tribunales" 94 U.S., 113 (1877), ya que tal estrado no era un puerto donde se pudiera encontrar refugio contra todo acto que emanara de una legislación inoportuna u opresiva. Aserto sobre el cual volviera en forma reiterada el Tribunal cimero del país del Norte, entre otras en las causas: "Newport & C. Bridge Co. v. United States" 105 U.S., 470 (1882); "Northen Securities Co. v. United States" 193 U.S., 197 (1904) y "Red. 'c' Oil Co. v. Board of Agriculture" 222 U.S., 38 (1912), lo que es válido, también frente a un pronunciamiento como el que aquí se ventila, más aún cuando los actores políticos del aludido proceso —incluido el doctor Aníbal Ibarra, quien no ha sido inhabilitado para ejercer cargos públicos, ni siquiera los electivos—, podrán, o se verán sometidos al veredicto electoral de los vecinos en los próximos comicios, los que así, seguramente, premiarán o castigarán con el voto su desempeño al frente del Ejecutivo y/o su conducta en el procedimiento de destitución sustanciado en la Legislatura como mandatarios y servidores públicos.

Así también lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El proveído con que la Legislatura denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto discurre acerca de si el recurso previsto en el art. 113, inc. 3º de la CCBA constituye un remedio procesal apto para revisar lo resuelto por la Sala Juzgadora. En tal sentido, siete de los Diputados que formaron la mayoría sostuvieron, que "...el recurso de inconstitucionalidad no se halla contemplado en el ámbito de tramitación del juicio político, cuya expresa normativa es íntegramente de base constitucional...", un octavo, el Diputado Daniel Amoroso, agregó que "...el decisorio de la Sala juzgadora (salvo los casos expresados, que no se encuentran presen-

tes en el caso), no resulta revisable judicialmente, por imperio de la clara división de poderes establecida en el texto de la Ley de Base de la Ciudad" y, por último, un noveno, el Diputado Marcelo F. Meis, afirmó que "...el juicio político ha sido agotado al emitir su voto cada diputado interviniente, no existiendo instancia de apelación, ya que no está previsto en la Constitución porteña, conforme el tratamiento normado en los arts. 92 a 94". De los cinco diputados que formaron la minoría, cuatro votaron por la concesión del recurso y uno se abstuvo de votar. Sin perjuicio de lo cual, los que formaron la mayoría, analizaron los planteos de la defensa, los que fueron rechazados, principalmente, por *i)* haber sido oportunamente tratados por la Sala Juzgadora; *ii)* no mostrar el recurrente cómo de haberse producido los supuestos vicios que invoca se habría modificado el resultado del proceso y; *iii)* no haber acreditado una violación de las reglas del debido proceso y del derecho de defensa que a la luz de la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Nicosia" habilitaran la concesión del recurso interpuesto.

En verdad, no es la competencia del TSJ sino la posibilidad de revisar su decisión por cualquier medio judicial lo que la Sala niega. De ambos asuntos, me ocuparé conjuntamente dado que uno se convierte en la necesaria premisa del otro, y así vienen unidos en el planteo. Por otra parte, el Tribunal no puede soslayar una decisión acerca de este punto, puesto que le incumbe observar de oficio los límites que la CCBA y la ley 402 imponen a su actuación.

1.1. La competencia del TSJ para revisar la decisión de la Sala Juzgadora no surge de modo expreso de la CCBA ni está reconocida por la ley. Tampoco la de otro órgano permanente del Poder Judicial. Sencillamente, la CCBA, al igual que otras de su especie, no ha encontrado necesario ocuparse de la cuestión de modo expreso. Cuando ello ocurrió en 1853, la razón obvia era que la cuestión estaba deferida exclusivamente a un órgano político, el Senado, previa acusación decidida por la Cámara de Diputados.[2] De ahí que la omisión fue tenida durante bastante más

[2] El informe presentado por la comisión examinadora de la Constitución Federal, con motivo de la reforma constitucional de 1860, ante la convención del estado de Buenos Aires, refleja dicha situación en tanto señaló que "…[e]l juicio político es una consecuencia del principio de que todo funcionario público es responsable, y tiene por único y exclusivo objeto hacer efectiva esa responsabilidad; y se comete esta atribucion á las lejislaturas, porque no es posible que los tribunales ordinarios pudiesen entender de tales faltas, salvo cuando media un delito definido por las leyes, en cuyo caso el juicio político solo tiene por objeto la destitución de del funcionario…" (SAMPAY, Arturo E.: *Las constituciones de la Argentina (1810/1972)*, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1975, t. 1, p. 398).

de un siglo como expresión clara de que la cuestión no era justiciable. La evolución de la jurisprudencia nacional e internacional al tiempo en que la CCBA fue sancionada obliga a examinar el asunto desde otra perspectiva, especialmente en cuanto su art. 94 asegura el derecho de defensa siguiendo una pauta acorde con el entonces reciente fallo relativo al destituido gobernador de San Juan —"ATE. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/juiciopolítico" (*Fallos,* 317:874), sentencia del 18/8/1994—, aunque no necesariamente influida por él. Los precedentes de la CSJN, interpretando la C.N., la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú", emitida el día 31/1/2001, han sentado la doctrina según la cual corresponde a órganos judiciales determinar si en el proceso de juicio político han sido observadas las reglas del debido proceso aún cuando con un desarrollo adecuado a los de la especie considerada. La exigencia contenida en el art. 94 de la CCBA en cuanto al aseguramiento del derecho de defensa pone al juicio político en el deber de observar formas acordes con el respeto de la garantía y da ocasión al control judicial limitado que impone la doctrina de las recordadas jurisdicciones.

Tal como ocurre en el ámbito federal, no existe otro mecanismo de revisión previsto de modo expreso en la Ciudad de Buenos Aires. En un sistema similar al de la C.N., tanto en la conformación de la justicia federal como en la del juicio político, en la causa "Nixon vs. United States" (506 U.S. 224), en que venía cuestionada la manera en que el Senado había tramitado el juicio contra el accionante, un juez removido, la Corte de los EE.UU. admitió la apelación contra la decisión de jueces inferiores, es decir, no revisó la decisión del Senado sino una sentencia judicial dictada en un proceso contencioso que había transitado las etapas ordinarias. A diferencia de ella, la CSJN optó por revisar directamente la decisión del Senado. Me refiero a su decisión *in re* "Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja" (*Fallos,* 316:2940), sentencia del 9/12/1993. A fin de fundar su solución en aquel precedente, destacó las características que apoyaban la afirmación según la cual, "a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario respecto de las resoluciones relativas al juicio político nacional", el Senado "configura un órgano equiparable a un tribunal de justicia" (cons. 5º).[3] Centralmente, las encontró en la expresión "juicio pú-

[3] "Que, no obstante ello, es necesario y oportuno esclarecer el tema en lo tocante al Senado de la Nación; esto es, desarrollar las bases a partir de las cuales, a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario respecto de las resoluciones relativas al juicio político nacional, aquél configura un órgano equiparable a un tribunal de justi-

blico" y "fallo" contenidas en los antiguos arts. 51 y 52 (actuales 59 y 60) de la C.N., al igual que en el juramento que los senadores prestan en ocasión de desarrollar esta función. Más tarde, el 18/8/1994, en la causa "ATE. San Juan" estableció que este control compete también a los jueces locales respecto de los juicios políticos de su jurisdicción. Este precedente no aporta, en cambio, enseñanza en lo relativo a la procedencia del recurso directo dentro de la jurisdicción.

Estas expresiones difieren de las de la CCBA. Los arts. 92 a 94 de nuestro texto emplean la expresión "juicio político", calificación que agrega a la expresión "juicio" notas bien distintas a la palabra "público" de la C.N., toda vez que enfatiza precisamente aquella cualidad que es incompatible con el control judicial. Es difícil, entonces, atribuir características judiciales a esa función. No emplea, a su turno, la palabra "fallo". La más próxima es "condena", voz que el castellano no reserva a la acción del juez, aun cuando sea a la que más naturalmente se aplica. Pero, falta la exigencia del juramento, omisión que, para quien tiene a la vista el sistema nacional y el norteamericano, tiene un significado sensible; significado que no desaparece en el supuesto en el que la Sala de Juzgamiento hubiera decidido actuar bajo juramento, porque lo habría hecho por propia decisión, no por imperio de una regla constitucional.

Estas circunstancias justifican ver al juicio político de la Ciudad como una función no jurisdiccional, sin que ello implique descuido del constituyente por la garantía de defensa o inexistencia de control judicial de los aspectos que lo justifican. Así lo refleja la intervención del convencional constituyente Orlandi al afirmar "…que el Poder Legislativo es un órgano político y, como el término lo indica, el juicio es político. Sobre todo atendiendo a una de sus causales, que es la comisión de delitos en el ejercicio de la función pública, causal esencialmente política que no tiene la valo-

---

cia. Esto es así, en primer lugar, pues, como lo prescribe la Constitución Nacional, corresponde al Senado 'juzgar' en 'juicio público' a los 'acusados' por la Cámara de Diputados, culminando el proceso mediante su 'fallo' (arts. 51 y 52, C.N.). Asimismo, los miembros del Senado deben 'prestar juramento para (ese) acto' (art. 51 cit.), que consiste en el de 'administrar justicia con imparcialidad y rectitud conforme a la Constitución y a las leyes de la Nación' (Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación —sancionado el 10/8/1867, y sus modificaciones—, art. 1º). De ahí que, el citado Reglamento —y sin perjuicio de las normas relativas a la acusación, defensa, términos, producción de pruebas, etc.— haya establecido que: *a)* el Senado se constituye en 'tribunal' (art. 2º); *b)* está sujeto, en determinados aspectos, a la 'Ley de Procedimientos del 14/9/1863' (art. 6º); *c)* puede dictar 'resoluciones interlocutorias' (art. 22), etc." (consid. 5).

ración objetiva de la otra —comisión de delitos comunes—, enmarcada en la aplicación del derecho penal…".[4] Por cierto, creo que la aplicación transcripta conviene antes bien al mal desempeño no delictivo de la función pública que a los delitos cometidos en ella, pero las palabras del convencional Orlandi no suponen negar ese alcance sino, en todo caso, ir más allá hasta alcanzar a los supuestos extremos en que el mal desempeño está tipificado como delito.

1.2. Para completar la visión que la CSJN viene desarrollando acerca de la naturaleza del juicio público a que se refieren los arts. 59 y 60 de la C.N. desde el 19/6/1986, fecha en que emitió sentencia en la causa "Graffigna Latino Carlos y otros" (*Fallos,* 308:961) es necesario recordar que la equiparación del Senado a un órgano judicial ha sido presentada como suficiente para que la revisión directa de la decisión de la Cámara Alta no sea vista como un modo de extensión de la jurisdicción originaria de la Corte, debido precisamente a que entiende revisar un pronunciamiento que ya tiene atributos judiciales. No ha extraído, en cambio, sino rechazado expresamente,[5] otras consecuencias que derivarían de una equiparación plena, a saber, revisión a la manera de la que determinó en la causa "Fernández Arias, Elena c/Poggio, José Suc." (*Fallos,* 247:646), sentencia del 19/9/1960, que el recurso extraordinario de las leyes 14 y 4055 fuese estimado insuficiente a los fines del art. 18 de la C.N., aplicación estricta de la doctrina de la arbitrariedad[6] y, en general, observancia del debido proceso a la manera de un órgano encargado de impartir justicia.

Estos límites a la equiparación vienen justificados por la línea de antecedentes del juicio de remoción contemplado en la C.N. Ya la Cons-

[4] Conf. *Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 – Actas,* t. III, p. 387.

[5] "…la observancia de las reglas procesales relativas a la garantía de defensa en juicio adquiere el rango de materia revisable judicialmente, desde que corresponde a esta Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el reexamen de la solución de fondo que puede dictar el cuerpo político, pues las decisiones de fondo quedan afincadas en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no sometidas a la revisión judicial" [conf. causa *"Boggiano, Antonio s/juicio político seguido por el Honorable Senado de la Nación"* (registro del Alto Tribunal B. 1695. XLI.), sentencia del 16/8/2006, consid. 9º del voto de la mayoría].

[6] "…El criterio que ha de presidir la actividad de la Corte Suprema cuando se trata de valorar el proceso de destitución de un gobernador debe ser más fuertemente restrictivo que el que resulta de la clásica doctrina de arbitrariedad de sentencias…" (considerando 6 de la disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi en la causa *"ATE. San Juan"*).

titución de los EE.UU. se había apartado del *impeachment* inglés o de los juicios políticos a la manera francesa. La inauguración de la razonada división de poderes obligaba a no acordar funciones judiciales a un cuerpo esencialmente legislativo. En este orden de ideas, Alexander Hamilton en el *Federalista* se interroga acerca de qué clase de tribunal puede resolver una cuestión de la naturaleza que nos ocupa y, tras señalar su naturaleza política dice que "*…[p]or esta razón, su persecución raras veces dejará de agitar las pasiones de toda la comunidad, dividiéndola en partidos más o menos propicios o adversos al acusado. En muchos casos se ligará con las facciones ya existentes, y pondrá en juego todas sus animosidades, prejuicios, influencias e interés de un lado o del otro; y en esas ocasiones se correrá siempre un gran peligro de que la decisión esté determina por la fuerza comparativa de los partidos, en mayor grado que por las pruebas efectivas de inocencia.* [...] Según parece, la convención consideró al Senado como el depositario más idóneo de esta importante misión. Quienes mejor disciernan la dificultad intrínseca del problema serán los más cautos en condenar esa opinión, y los más inclinados a conceder la debida importancia a los argumentos que podemos suponer la produjeron. [...] ¿Donde sino en el Senado se hubiera podido encontrar un tribunal con bastante dignidad y la necesaria independencia? ¿Qué otro cuerpo sería capaz de tener *suficiente confianza en su propia situación* para conservar libre de temores e influencias la imparcialidad requerida entre un individuo acusado y los representantes del pueblo, que son *sus acusadores*?// *¿Se podía esperar que la Suprema Corte respondiera a estas exigencias? Es muy dudoso que los miembros de ese tribunal poseerán siempre la gran dosis de fortaleza necesaria para desempeñar tarea tan difícil; y todavía más dudas deben abrigarse de que posean el grado de ascendiente y autoridad que racionalmente serán indispensables en ciertas ocasiones para reconciliar al pueblo con una decisión que chocara con la acusación presentada por sus propios representantes. La deficiencia en lo primero resultaría fatal para el acusado, y en lo segundo peligrosa para la tranquilidad pública. En ambos casos, el azar sólo podría eludirse constituyendo un tribunal más numeroso de lo que es compatible con las consideraciones económicas. La necesidad de un tribunal numeroso para juzgar en los casos de acusación por delitos oficiales la impone, asimismo, la naturaleza de sus actuaciones. Estas nunca pueden conformarse a reglas tan estrictas, ni en lo que se refiere a la definición del delito por parte de los acusadores, ni a su interpretación por lo jueces, como las que sirven en casos ordinarios para limitar el arbitrio de los tribunales a favor de la seguridad personal. No habrá un jurado que se interponga entre los jueces que deben pronunciar la sentencia y el sujeto que tiene que*

sufrirla. El tremendo poder discrecional que necesariamente han de poseer esos tribunales, para destinar al honor o al oprobio a los personajes en quienes más se confía y más distinguidos de la comunidad, impide que esta misión se encomiende a un número reducido de personas..."[7] (sin destacado en el original).

Sin embargo, el Senado no estuvo diseñado como un órgano puramente legislativo. Por el contrario, fueron muchas las funciones no legislativas que le fueron encomendadas: aprobar ciertas designaciones, prestar su consejo y consentimiento para la ratificación de tratados internacionales, y, entre ellas, juzgar al presidente y otros altos funcionarios. Pero, no juzgarlo a los fines de imponerle penas sino tan sólo para extinguir un mandato conferido por el pueblo, bajo la condición de reunir una mayoría potenciada. La *desqualification* para ejercer empleos de honor, confianza o provecho de los EE.UU. que prevé la cláusula 7 del art. I como una segunda posible decisión del Senado, recogida por el art. 52, actualmente 60 de la C.N., merece hoy un tratamiento distinto, debido a la evolución de la concepción del acceso a la función pública como un derecho, asunto al que me referiré en párrafo aparte.[8] Pero, el juzgamiento y la aplicación de penas quedan deferidas a los órganos permanentes del Poder Judicial. La situación era bien distinta en Europa, en particular Inglaterra, donde el juez del *impeachment* era un alto tribunal con otras competencias jurisdiccionales, tanto en el juzgamiento de los altos funcionarios como en otros supuestos. De esto se apartaron tanto la constitución estadounidense como la argentina. Resultan relevantes en este punto las opiniones de Alexis de Tocqueville quien expresó: "…[e]ntiendo por juicio político el fallo que pronuncia un cuerpo político momentáneamente revestido del derecho de juzgar [...] Inglaterra, Francia y los Estados Unidos han introducido el juicio político en sus leyes; es curioso examinar el partido sacado por cada uno de estos pueblos [...] En los Estados Unidos [...]

[7] HAMILTON, Alexander: *El Federalista nº LV*, versión española y prólogo de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 1943.

[8] Vale señalar que la CIDH entendió que este derecho, contemplado en el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no estaba en juego cuando, como en el caso de los jueces peruanos habían accedido al cargo y luego habían sido removidos (conf. Aguirre Roca y otros c/Perú, considerando nº 103, "[l]a Corte estima que los hechos expuestos del caso sub judice no deben considerarse como una violación del art. 23 de la Convención (derechos políticos). Los tres magistrados que sufrieron la destitución ya tuvieron acceso a la función pública en condiciones de igualdad; en este caso se han suscitado cuestiones que implican la violación de otras disposiciones de la Convención, a saber, los arts. 8º y 25, que consagran el derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal").

el Senado no puede ser *apelado* más que por los *diputados*, y los diputados no pueden acusar ante él más que a los *funcionarios públicos.* [...] Pero la mayor diferencia que existe entre América y Europa es la siguiente: En Europa, los tribunales políticos pueden aplicar todas las disposiciones del Código Penal; en América cuando han desposeído a un culpable del carácter público de que estaba revestido y le han declarado indigno de desempeñar cargos políticos en el futuro, *llegan al límite de sus atribuciones y comienza la tarea de los tribunales ordinarios.* [...] Al introducir el juicio político en sus leyes, los europeos han pretendido someter a los grandes criminales, sea cual sea su cuna, su rango o su poder en el Estado. Para conseguirlo, *han reunido momentáneamente, en el seno de un gran órgano político, todas las prerrogativas de los tribunales. El legislador se convierte entonces en magistrado; puede probar el delito, calificarlo y castigarlo. Al otorgarle los derechos de juez, la ley le impone todas las obligaciones inherentes y le obliga a observar todas las formas de la justicia. //* Cuando un tribunal político, francés o inglés, ha de enjuiciar a un funcionario público y dicta contra él sentencia condenatoria, le priva implícitamente de sus funciones y puede declararle indigno de volver a desempeñar ninguna otra en el futuro; pero aquí la destitución y la interdicción políticas son una consecuencia de la sentencia, y no la sentencia misma. // *En Europa, el juicio político es, pues, más un acto judicial que una medida administrativa.// En los Estados Unidos ocurre lo contrario, y es fácil convencerse de que el juicio político es más bien una medida administrativa que un acto judicial.* // Es cierto que la decisión del Senado es judicial en la forma; para pronunciarla, los senadores están obligados a observar la solemnidad y los usos del procedimiento. También es judicial por los motivos en que se funda; en general el Senado tiene que tomar por base de su decisión un delito de derecho común. Pero es administrativo por su objeto. [...] El objeto principal del juicio político en los Estados Unidos es, pues, el de retirar el poder a quien haga mal uso de él, e impedir que ese mismo ciudadano vuelva a poseerlo en el futuro. Es, como puede apreciarse, un acto administrativo al que se ha dado la solemnidad de una sentencia. [...] En Estados Unidos el juicio político sólo atenta indirectamente al principio de división de poderes; no amenaza en absoluto la existencia de los ciudadanos; no se cierne, como en Europa, sobre todas las cabezas, ya que no hiere más que a aquéllos que, al aceptar cargos públicos, se han sometido de antemano a sus rigores. [...] Es preciso observar, en primer lugar, que en los Estados Unidos el tribunal que pronuncia estos juicios está compuesto por los mismos elementos y sometido a las mismas influencias que el cuerpo encargado de acusar, lo que da un impulso casi irresistible a las pasiones vindicativas de los partidos. Si los jueces políticos, en los Estados Unidos, no pueden pronunciar penas tan

severas como los políticos de Europa, existen, en cambio, menos probabilidades de ser absuelto por ellos. *La condena es menos temible, pero más segura. [...] Los europeos, al crear los tribunales políticos, han tenido por principal objeto castigar a los culpables; los americanos, privarles del poder. El juicio político en los Estados Unidos es, en cierto modo, una medida preventiva. No se debe, pues, encadenar aquí al juez a definiciones criminales muy exactas..."*[9] (sin destacado en el original).

Para la época en que el texto fue adoptado en nuestra Constitución federal, Joseph Story, autor bien conocido en estas aguas,[10] había caracterizado el *impeachment* como una función no judicial pero con importantes similitudes. En tal sentido, reproduce las ideas de Tocqueville, en su mayoría, transcriptas en el párrafo anterior.[11]

Por su parte, Joaquín V. González señala que "…[a]unque el Senado en este caso ejerce funciones judiciales, éstas son por causas de carácter político y no cambia su naturaleza constitucional…".[12] Si bien una primera lectura podría llevar a pensar que Joaquín V. González consideró indiscerniblemente unidos lo judicial y lo político en los hechos, o hasta ambos combinados confusamente por el constituyente o que esa confusión infiltra la concepción del autor, una segunda permite entender la precisión con que está expuesto el problema. La calidad de político que atribuye al juicio de las causas implica que el órgano judicial no es apto para dirimirlo en última instancia, idea que expresa Hamilton en el párrafo trascripto más arriba, sin duda conocido por Joaquín V. González. Ello así, porque no sería propio de un sistema republicano democrático conferir a un órgano separado de la elección popular[13] la adopción de una deci-

[9] DE TOCQUEVILLE, Alexis: *La democracia en América*, Sarpe, Madrid, 1984, Cap. VII.

[10] La primera edición de *Comentaries on the Constitution of the United States; with a preliminary review of the constitucional history of colonies and states, before the adoption of the Constitution,* Boston, Hilliard, Gray, and Company, data de1833.

[11] STORY, Joseph: *Commentarie sur la Constitution Fédérale des États-Unis, précédé d'un aperçu sur l'histoire des Colonies et des États*, traducido al francés por Paul Odent, Tome Premier, 1843, pp. 336 a 342 (capítulo 11).

[12] GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Obras Completas*, Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina 1935, vol. III, p. 444.

[13] Ello es así, no tanto por la circunstancia de que los jueces no son directamente elegidos por el pueblo. Tampoco lo eran los senadores antes de 1994. Lo que funda la afirmación comentada es que, por una parte, no están elegidos como voceros de la voluntad popular sino como interpretes del derecho y, principalmente, en el hecho de que su mandato es de por vida muestra que no depende de ostentar, ni si quiera presumiblemente, el respaldo de esa voluntad de la sociedad de cuyos representantes políticos reciben la investidura. Ello, por la sencilla razón de que no sería posible que la voluntad del electorado de un momento determinado pudiera proyectarse a 10, 20 o 30 años después suponiéndosela expresiva de la de esa determinada ocasión.

sión política, esto es, de aquellas que en el sistema monopoliza el pueblo por sí o por medio de sus representantes. Puesto en otros términos, la palabra final incluye a un órgano político o lo que es lo mismo, la cuestión no es justiciable. En cambio, cuando dice que ejerce funciones judiciales se refiere visiblemente a la forma del acto final y del procedimiento al que pone fin; forma que no monopoliza el proceso judicial, porque nada empece a que la función administrativa o cualquier función política sea precedida de un debate organizado o de otras modalidades que son esenciales a la función judicial y tan sólo naturales en otros supuestos de funciones estatales. Agrega, que "…[n]o está obligado a seguir las reglas del procedimiento judicial común, y tiene toda la discreción necesaria para cumplir su misión…" aun cuando "…[l]a libertad de defensa es garantida a los acusados…". Hoy día se ha pasado a concebir la cuestión como justiciable, pero con alcances que persiguen resguardar el ámbito privativo del legislativo mediante la observancia de límites rigurosos, según vimos más arriba. Esa revisión opera sobre el desarrollo del debate y la vigilancia de que el tipo de proceso ha sido aplicado a la clase de supuestos para cuyo tratamiento está concebido, lo cual supone que pueda identificarse algún acontecimiento como causa de la condena. Pero, ello no significa, aun en el marco de ésta moderna concepción del acto como justiciable, que el control judicial tenga la extensión que la Constitución Nacional o la de la Ciudad exigen para aquellos procesos que dirimen controversias relativas a derechos, en los cuales ninguna conclusión de hecho o de derecho puede quedar definitivamente fijada sino por un órgano permanente del poder judicial. Esto, en definitiva, es lo que Joaquín V. González establece con toda precisión al indicar que el Senado no esta sujeto a las reglas del procedimiento judicial común y, fundamentalmente, que tiene toda la discreción necesaria para cumplir su misión, discreción que sería incompatible con un control judicial sustantivo. Esto surge expresamente del considerando 9 del voto mayoritario de la CSJN *in re* "Boggiano" donde se dice que "…la observancia de las reglas procesales relativas a la garantía de defensa en juicio adquiere el rango de materia revisable judicialmente, desde que corresponde a esta Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el reexamen de la solución de fondo que puede dictar el cuerpo político, pues las decisiones de fondo quedan afincadas en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no sometidas a la revisión judicial...". Quizás para despejar cualquier incertidumbre remanente, valdrá la pena advertir que la palabra "judicial" en el uso que hace Joaquín V. González no indica función ejercida por lo jueces sino una función cuya forma es de la especie de la que los jueces ejercen.

No es ésta la situación de lo que hoy, probablemente, llamaríamos "jurisdiccional" o "materialmente jurisdiccional", reservando la palabra "judicial" para la función jurisdiccional ejercida por el juez y usar el término jurisdiccional cuando es ejercida por un órgano no judicial, como fue el caso del órgano administrativo cuyo acto fue impugnado en la causa "Fernández Arias". Esta función, la jurisdiccional, no se reconoce por su forma sino por su contenido y efectos. Consiste éste en causas, es decir, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos. Como regla, la función de resolverlas, denominada jurisdiccional, opera sujeta a la aplicación, previo debate, de reglas generales y de manera que la solución adquiere la firmeza de la *res judicata*, una modalidad de estabilidad que aspira a ser absoluta a diferencia de la del acto administrativo susceptible de revisión en hipótesis predeterminadas. Sólo puede ser cumplida de un modo final por un juez, aun cuando, en ciertos supuestos, una primera etapa pueda tener lugar ante órganos administrativos pero, para estos supuestos, tiene dicho la CSJN *in re* "Fernández Arias" que la C.N. obliga a que un juez o tribunal integrante del Poder Judicial pueda revisar todos los aspectos, tanto de hecho como de derecho, resueltos en sede administrativa sin que el recurso extraordinario, por su limitado alcance, pueda estimarse suficiente a ese fin. El juicio político no es una controversia de esta especie, y precisamente por ello no está conferida a los jueces la facultad de resolverlo. El juicio político tiene notas de función administrativa, aunque sujeta a un control menor que el usual en las de esta índole.

Por estas razones, pienso que categorizar como de naturaleza judicial o jurisdiccional al juicio de los arts. 59 y 60 de la C.N. supone apartarse de la concepción con que fue diseñada la competencia senatorial, concepción expresada con palabras que pueden sugerir carácter próximo al jurisdiccional, pero no de su misma especie. En esa concepción, resulta natural diseñar el procedimiento de manera que, aunque se deje clara la causa, no se motive el pronunciamiento con las características de un pronunciamiento judicial. Así motivarlo llevaría a que un órgano que, por elevadas que sean sus funciones no integra la justicia, estuviera emitiendo un acto que invadiría la esfera de esta última. Consecuentemente con ello, el Senado no fundó en el pasado y sigue sin hacerlo.[14] Efectivamente, vale señalar que los senadores de la Nación, habiendo jurado ser imparciales,

[14] Juicios políticos a los jueces David S. Klappenbach (4/5/1960), Luis Armando Balaguer (23/6/1993), Moliné O'Connor (3/12/2003), Antonio Boggiano (28/9/2005), entre muchos otros.

exigencia cuya omisión en la CCBA no cabe presumir fruto del descuido, se limitan a votar por la destitución, y eventualmente la inhabilitación, o su rechazo, pero, sin fundar el voto. Así lo impone el Reglamento de Procedimiento para el caso de Juicio Político del Senado cuyo art. 11 establece que "[t]erminada la sesión secreta y el día que el Tribunal acordare lo que pondrá en conocimiento de las partes, el Presidente del Tribunal, en sesión pública se dirigirá a cada uno de sus miembros y les preguntará si el acusado es culpable de los cargos que se le hacen, debiendo hacer una pregunta por cada cargo que la acusación contenga. La única respuesta será 'SI' o 'NO'". Es clarificadora la presentación que el profesor Emilio Ibarlucía hace de la decisión de la CSJN *in re* "ATE. San Juan". En ese comentario, recuerda que la interpretación que el voto de los Dres. Nazanero y López da a las leyes locales 5496 y 5502, cuyos textos son calco del Reglamento del Senado Nacional, se aparta, requiriendo voto fundado, no solamente de la que la Legislatura de San Juan hizo en el caso, y presumiblemente habría hecho en cualquiera otro de igual especie, sino de la que hizo invariablemente el Senado. Tras lo cual, y a pesar de manifestarse simpatizante de que los legisladores suministren razones, señala como significativa la coincidencia entre las exigencias de la Corte y la simpatía política del presidente de la Nación con el gobernador removido, y se interroga acerca del futuro mantenimiento de idéntica exigencia cuando de examinar actos del Senado se tratare.[15]

1.3. No reconocer carácter jurisdiccional a la función de la Sala de Juzgamiento no implica que acudir de modo directo al TSJ sea inadmisible. La acción contencioso administrativa de la primera instancia es difícil de adecuar a un supuesto como el que nos ocupa. Necesidades institucionales aconsejan una decisión más expeditiva y emanada de la cabeza del poder limitadamente controlante. Similares razones tuvo en consideración el constituyente de nuestra Ciudad cuando atribuyó al TSJ competencia para resolver conflictos de poderes. Aun cuando no sea la presente controversia un típico conflicto de poderes, participa de una naturaleza mucho más cercana a la de esas contiendas que a las que pueden ser dirimidas promoviendo la acción contenciosa. Esta última está destinada a obtener tutela para los derechos públicos e intereses legítimos en sus diversas especies. Pero, la pretensión que provee materia al presente no es la tutela de un derecho público subjetivo o interés tutelable de los

[15] IBARLUCÍA, Emilio A.: "La revisión del juicio político del Gobernador de San Juan por la Corte Suprema", *ED,* 162-175.

que pueden asistir a cualquier persona, sino que es la reposición en el cargo de jefe de gobierno. Ello lo asemeja a un conflicto entre un poder del Estado que separó al titular de otro de un modo que éste cuestiona. Es la continuidad en el ejercicio del cargo, y por ende de sus atribuciones, contienda que envuelve mucho más que los derechos de un individuo aun cuando éstos estén insertos en ella. Este parentesco con el conflicto de poderes fue así apreciado por el Procurador General de la Nación *in re* "Graffigna Latino" en cuanto sostuvo que "…debe quedar en claro que cuando esta Corte dijo, al resolver el amparo anterior, que la cuestión litigiosa que pretendía traerse a su conocimiento escapaba a su órbita por representar un conflicto de poderes que debía resolverse dentro del exclusivo ámbito provincial, vino a afirmar que dicha cuestión no constituía una "causa" judicial en los términos del art. 100 de la C.N., mas en modo alguno quiso dejar sentada decisión de ningún tipo en punto a los límites o alcances con que el problema debía ser sustanciado en la esfera local, con arreglo a las competencias de las propias instituciones provinciales legisladas al efecto. Haber sostenido esto último hubiera implicado tanto como la configuración de un fallo autocontradictorio, toda vez que al unísono que se decidía la incompetencia del Tribunal para entender en la solución del entuerto se consagraban con carácter imperativo pautas resolutivas sobre éste, lo cual es obviamente inadmisible…". Dicha caracterización había sido efectuada con anterioridad por la CSJN al señalar —al hacer suyos los fundamentos y conclusiones arribados en el dictamen del Procurador General— que "...el problema que se intenta traer a la consideración de V.E. constituye un conflicto de poderes de una misma provincia en los términos de *Fallos,* 283:243, y allí citados, a los que cabe remitirse, respecto del cual la Corte Suprema carece de jurisdicción con fundamento en la reforma constitucional de 1860 y en los arts. 104 y ss. de la C.N., que consagran la autonomía de los estados provinciales..." conf. —*Graffigna Latino Carlos y otros* (*Fallos,* 308:525), sentencia del 10/4/1986.[16]

[16] Es oportuno recordar que, a partir de la reforma constitucional de 1860, había quedado suprimida la cláusula del antiguo art. 97 de la C.N. que atribuía a la Corte Suprema el conocimiento y decisión "…de los conflictos entre los diferentes poderes de una misma provincia…". El informe de la Comisión examinadora de la Constitución Federal presentado a la convención del estado de Buenos Aires aconsejaba tomar dicha medida por las siguientes razones "[l]a parte relativa al conocimiento y decisión de los conflictos entre poderes de una misma provincia, atribuida á la Corte Suprema, desnaturaliza completamente el poder judiciario de la Nacion. La mision de esta es conocer de lo que es privativo de la nacion en lo contencioso, y de lo que define las dos soberanías (la provincial y la nacional) en lo politico. Lo contrario estableceria la dependencia inmediata de los poderes públicos de las Provincias, sometidos continuamente á

Nuevamente, vale señalar que esto es nítidamente así en la medida en que la inhabilitación para ocupar cargos públicos no está comprendida en la disputa, ya que no fue decretada por la Sala de Juzgamiento.

Examinando la cuestión desde el ángulo de la jurisdicción comprendida en el recurso de inconstitucionalidad, no aparece cuestionado que el contenido de los agravios esté dentro del alcance del recurso del art. 113 inc. 3º reglamentado por los arts. 27 a 32 de la ley 402. La revisión limitada que este remedio permite se compadece con la que la Convención Americana de DDHH, interpretada por la Corte Interamericana de DDHH y la jurisprudencia de la CSJN imponen y la que la CCBA justifica al asegurar el derecho de defensa. A su vez, en tanto esos agravios puedan tener naturaleza federal, el TSJ debería conocer, al menos en grado de apelación, por ser aplicable la doctrina sentada en el precedente "Di Mascio, Juan Roque s/interpone recurso de revisión" (*Fallos*, 311:2478), sentencia del 1º/12/1988. Ello significa que el TSJ es el único órgano judicial que tiene una intervención asegurada en causas de este contenido, o dicho en otras palabras, que no estará interviniendo en lo que no podría.

Finalmente, *mutatis mutandi*, la CSJN admitió su propia competencia para una situación próxima a la que nos ocupa, aun sin mediar lo expuesto acerca de los conflictos de poderes. Esa jurisdicción parece encontrar sustento también en razones de celeridad e institucionales relativas a la jerarquía del órgano controlado que, como dijimos, concurren en nuestro caso.

2. Vale la pena sentar con carácter previo cuáles van a ser las fuentes a las que corresponde acudir para resolver la cuestión propuesta. La CCBA regula el juicio político en sus arts. 92 a 94 que, entre otras previsiones, mandan resguardar el derecho de defensa del enjuiciado. Esta tutela, a su turno, pone al proceso en armonía con las garantías contempladas en la C.N. y en la Convención Americana de DDHH.

2.1. Así, la CSJN interpretando los arts. 18 y 31 de la C.N. en los casos "Graffigna Latino", "ATE. San Juan" y "Nicosia" reconoció el derecho a ejercer su defensa a los funcionarios expulsados mediante el pro-

---

las decisiones de la Suprema Corte, pues unas veces la Legislatura llevaría al Gobernador á la barra de ese tribunal, otras veces el Ejecutivo al poder judicial, y hasta el conflicto entre un juez de Paz y el Gobierno provincial, seria sometido á su fallo. Esto, que es atentatorio á la soberania provincial, importaria una subversion completa del orden constitucional de cada localidad, dando lugar á mayores conflictos que los que se pretenden evitar, cuando hai medios fáciles y conocidos, sin salir del círculo de las leyes provinciales, para dirimir tales conflictos…" (conf. SAMPAY: ob. cit., p. 402).

ceso de remoción conducido por el Poder Legislativo. Criterio mantenido en el reciente pronunciamiento *in re* "Recurso de hecho deducido por Elda Aída Pértile en la causa Pértile, Elda Aída s/presentación" (Registro del Alto Tribunal P.1174.XXXIX), sentencia del 13/2/2007. En el primero de ellos intervino sobre una base extra no aplicable a nuestro supuesto, la conformación de los poderes judiciales de provincia interesan a la Nación en tanto su Corte Suprema se ve obligada a identificar a los órganos permanentes de los poderes judiciales locales a los fines de ejercer el limitado control que sobre sus decisiones prevén la C.N. y la ley 48.

2.2. La Constitución de la Ciudad puso en cabeza de la Legislatura la facultad de someter a juicio político al Jefe de Gobierno (art. 92, CCBA) y, asimismo, reservó al Tribunal Superior de Justicia la función de intérprete final de la Constitución de la Ciudad y también —en la esfera local— de la Constitución Nacional, función que lo autoriza a controlar la validez constitucional de los actos de los otros dos poderes (arts. 106 y 113, incs. 2º y 3º, CCBA), sin que ello implique habilitarlo a avanzar en el ámbito de las atribuciones propias de ellos (conf. doctrina de fallos "Nicosia", "Moliné O'Connor" y "Boggiano").

2.3. A su turno, la Corte Interamericana de DD.HH., en la causa "Aguirre Roca", descalificó a la actuación del Perú por no haber puesto a disposición de los jueces del Tribunal Constitucional, removidos por acto de un cuerpo del poder legislativo, de medios para obtener la revisión judicial, de dicho acto, al menos en algunos de sus aspectos.

2.4. Con matices, la Corte Suprema de los EE.UU. ha puesto también límites a los pronunciamientos legislativos consistentes en la remoción o no admisión de una persona a un cargo. Este es el caso de lo resuelto *in re* "Powell v. Mc Cormack" (395 U.S. 486).

Esto, en mi opinión, debe ser relacionado con la naturaleza del cargo. Cuando se trata del cargo de juez, el pueblo ha decidido en oportunidad de darse la Constitución[17] renunciar a la revocación del mandato. Designa de por vida, o en algunos casos por un período, y mientras dura ese lapso la remoción sólo puede sobrevenir con causa, aunque ella sea establecida por un órgano no judicial. Para los jueces reza la cláusula del art. 110 con arreglo a la cual: "[l]os jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos *mientras dure su buena conducta*" (sin destacar en el original). Esta condición, presentada como suficiente para el manteni-

[17] Me refiero a constituciones con contenidos aproximadamente como el de la nuestra, que son las contempladas en las decisiones a las que me vengo refiriendo.

miento en el cargo, no se repite para el titular del poder ejecutivo y otros órganos de su ámbito. Algo similar ocurre cuando un cuerpo legislativo se niega a recibir a una persona electa para integrarlo sobre la base de supuestos distintos de los que la Constitución contempla como requisitos del cargo.[18] Tanto en uno como en otro caso, la persona no está convocada para representar la voluntad de quienes lo remueven. En el supuesto del juez sencillamente porque no está llamado a representar la voluntad popular, en el del legislador porque quienes lo remueven no son su electorado o no lo son necesariamente. Basta pensar en el destino de los legisladores representantes de minorías si su remoción pudiera ser dispuesta por simple mayoría o aun por una potenciada. No está de más recordar que, cuando la CCBA, prevé el mecanismo de remoción de funcionarios por medio del referéndum lo limita a los cargos electivos, es decir, excluye a los jueces, aun los de este Tribunal. Cierto es que incluye a cualquier legislador, pero el mecanismo tiene una exigencia de concurrencia de voluntades y causa que probablemente fue suficiente en la concepción del constituyente para aventar la hipótesis de eliminación de las minorías.

Aun así, la Corte Suprema de los EE.UU. entendió en el ya recordado caso "Nixon" que bastaba para remover la reunión de dos tercios del Senado aun cuando no se hubieran respetado formas exigibles en un proceso judicial. Lo debatido alcanzó tan sólo a las formas del juicio y no a su contenido. Las formas del juicio vienen influidas por la conformación de los cuerpos acusador y juzgador. La Corte estadounidense entendió que el constituyente había elegido al órgano legislativo como juez y asumido sus características como apropiadas a los fines propuestos. Quizás habría sido distinta la solución si, como en "Powell", en que se trataba de la negativa a admitir a un representante que se estimaba corrupto por una actuación anterior en la misma Cámara de Diputados, se hubiera puesto en tela de juicio la causa porque la invocada estuviera alejada manifiestamente de las contempladas en la Constitución.

En los dos supuestos mencionados, el reconocimiento de un derecho de la persona a mantener el cargo, y, por ende, a debatir judicialmente si corresponde en derecho removerlo, aun cuando la revisión sea sumamente limitada, armoniza con el sistema globalmente considerado. El interés del individuo que quiere conservar el cargo de juez o el de legislador coincide con el de la sociedad que no quiere que los legisladores representantes de minorías o los jueces sean removidos por una mayoría que no

[18] Como ocurrió en *"Powell"*.

suministra más fundamento que el del número. La mayoría de la sociedad no cree que un juez deba ser removido por dictar sentencia en un sentido distinto del que una mayoría apetece. Pero, claro está, aun cuando esto es así mientras pensamos en lo que nos podría ocurrir si ocupáramos la posición, minoritaria en el ejemplo, del ganador de un hipotético litigio en contra de una mayoría, las cosas cambian cuando estamos del lado del perdedor concreto.[19] Lo mismo ocurre con el legislador, cuesta admitir a quien representa lo no querido por la mayoría, y, vale reconocerlo, a veces con buenos motivos.

Cuando llega el turno de la cabeza del ejecutivo, esa armonía desaparece. El poder ejecutivo unipersonal obra por y para todos, aun los que no lo eligieron y, obviamente, por la mayoría, aun cuando la presente ya no se sintiera representada. Vale señalar, sin embargo, que la CCBA no prevé la extinción del mandato por el solo retiro de la confianza ni aun en el supuesto de comicios convocados al efecto de establecer la posible revocación del mandato de los funcionarios electivos (art. 67). Las causales son las del art. 92, las mismas para todos los órganos alcanzados por el régimen del juicio político. Difiere, sin embargo, el contenido del "mal desempeño". Ello obedece a que el desempeño difiere en órganos de naturaleza diversa y, por ende, el vicio o defecto en él. Un juez debe aplicar la ley, buscando despejar los inevitables márgenes de incertidumbre con pautas objetivas distintas de la voluntad del pueblo, ya que no está llamado a expresarla. Su discrecionalidad depende habitualmente de la impotencia del sistema jurídico para unir soluciones únicas a las hipótesis que prevé. Sólo de modo ocasional y muy limitadamente (no es del caso tratar aquí las limitaciones), el legislador delega en él de modo deliberado la facultad de disponer según su prudente criterio. Un jefe de gobierno debe observarla y hacerla observar; pero, a ese fin, tiene acordada la facultad de emitir reglamentos que precisan las obligaciones previstas en la ley. Su discrecionalidad consiste en un espectro de alternativas entre las que opta según su albedrío, como representante de la voluntad popular. Tiene también la posibilidad de promover la reforma de la ley, si ve que ello conviene al bien común cuyo logro le está encomendado. A diferencia del juez cuya tarea creativa consiste en elaborar la doctrina que sistematiza el orden jurídico, el titular del poder ejecutivo escoge, dentro del ámbito a su cargo, guiado no tanto por criterios hermenéuticos sino como expresión

[19] Esta diferencia entre lo que ocurre en entre la situación concreta, donde el interés del emisor del juicio está presente, y la concebida en abstracto, en que el interés está en la regla para toda ocasión, aparece como básica en la Teoría de la Justicia de John Rawls.

del albedrío del pueblo, cuya mayoría lo eligió a ese fin. Tal como cualquier persona en su esfera privada, el jefe de gobierno decide, en la parte de la pública que le atañe, observando la ley; pero, dentro de ella, identificando lo más conveniente, lo más saludable, según pautas de prudencia, cálculos de costo-beneficio, y, en última instancia, su estimación de cuál es el sentir del pueblo, a veces poniéndolo hipotéticamente en su propio punto de mira, que pueden ser apreciados con esos mismos patrones, bien distintos de los que serían útiles para apreciar el desempeño de un juez. Basta comparar los supuestos de los arts. 92, por una parte, y 110 y 122, por la otra, para advertir que el constituyente distinguió con nitidez esos dos supuestos. En el caso del juez, la regla que enuncia el constituyente en el art. 110 es que mantiene su empleo mientras dura su *buena conducta*, pauta que el art. 122 despliega en negligencia grave, morosidad en el despacho, o inhabilidad física o psíquica, desconocimiento inexcusable del derecho, además de la comisión de delitos dolosos. Está previsto, al igual que en el art. 92 el *mal desempeño*, pero ocupando un lugar más reducido en la lista. Ello presumiblemente obedece a la dificultad que encierra establecer que existe mal desempeño cuando, a ese fin, se debe examinar una sentencia. Las causales son en buena medida su conducta y aptitud más allá de la función, en cuanto rodea a la emisión de sentencias de un marco de confianza o, inversamente, de imposibilidad de mantenerla. Los supuestos del art. 92, en cambio, apuntan centralmente al mal desempeño o delito en el ejercicio de la función, y sólo a la comisión de delitos en el ámbito externo a ella. Los supuestos del art. 92 alcanzan también a jueces, los de este Tribunal. Pero, mayormente a funcionarios titulares o dependientes del poder ejecutivo. Más significativo es, en mi criterio, el hecho de que difiere el órgano a cargo de resolver el juicio, la Sala de Juzgamiento, en el supuesto del art. 92, y el Jurado de Enjuiciamiento, en el del art. 122. De ambos, indudablemente, hacer una evaluación política, como la que cabe al mal desempeño de un funcionario del ejecutivo, es más propio de los legisladores que componen el primero de ellos. Para hacer esa evaluación, no existen estándares cuya aplicación concreta puedan administrar jueces sino criterios políticos en cuya sustancia se combinan racionalidad y preferencia, conocimiento y conjetura, ciencia y arte. No se trata de identificar deberes jurídicos incumplidos sino apartamientos de la búsqueda del bien común, concebidos como incorrectos, siempre según opiniones políticas. Para esta tarea no están convocados los jueces por no ser criterios susceptibles de reconocimiento y aplicación judicial o "judicially discoverable and manageable standards for resolving it", según la terminología del precedente *Baker v. Carr* (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina fue recogida por la CSJN *in re* "Zaratiegui, Horacio c/Estado Nacional

(Ministerio de Defensa) s/nulidad de decreto" (*Fallos*, 311:1191), sentencia del 5/7/1988. En definitiva, esto implica que el control a cargo de las salas en que se divide la Legislatura depende no solamente de las facultades otorgadas como privativas a un poder sino también de las características del cargo cuya titularidad es puesta en tela de juicio.

Al examinar el desempeño conforme el uso de la discrecionalidad propia del cargo, las salas ejercen competencias políticas para las que están convocadas por el electorado. Es en ejercicio de estas capacidades políticas que podrán examinar la bondad o vicio con que el enjuiciado ha adoptado las decisiones que le incumben. Mal desempeño no coincide con ilegalidad, menos aún con delito.

3. Ello sentado, adhiero a las consideraciones y solución arribada en los puntos 3 a 4 y 6 del fundado voto de mis colegas Dres. José O. Casás y Ana María Conde en relación a los planteos formulados por el recurrente acerca de *i)* la obligación de respetar del debido proceso, la arbitrariedad de la decisión de la Sala de Juzgamiento por la omisión de examinar y resolver cuestiones oportunamente planteadas por la defensa que consideraba decisivas para la correcta solución del juicio y por falta de fundamentos concurrentes entre los votos que conformaron la mayoría; *ii)* la afectación del principio de legalidad; *iii)* del derecho a una acusación; *iv)* de las garantías del juez natural y a un tribunal imparcial; *v)* el derecho a un juicio público y; *vi)* de la nulidad de lo actuado en el juicio político en tanto medió apartamiento del debido proceso.

4. A las razones allí apuntadas, creo oportuno añadir lo siguiente.

4.1. A propósito del derecho o garantía de defensa que viene consagrado expresamente por la CCBA en todo el desarrollo del juicio político, desde los que preceden la decisión de acusar, vale señalar que varios derechos, cuyo factor común es el desarrollo de las reflexiones de las partes, y del juez, son habitualmente presentados conjuntamente bajo la noción genérica de "derecho de defensa", sin que nos veamos precisados de formular una distinción rigurosa.[20] Así, ese derecho consiste en *a)* poder formular la argumentación que quien se defiende estima conducente a fundar la sentencia que apetece y *b)* producir la prueba que sustenta dicha argumentación; pero, también hace a él, *c)* el conocimiento de la motivación que de su punto de vista hace quien promueve las actuaciones, puesto que

[20] La CIDH en *"Aguirre Roca"* definió el contenido del derecho de defensa como derecho a ser oído y a participar en el proceso (consid. 81), empero no dejó de señalar, en una extensa lista de defectos, que el acto que examinaba no estaba motivado (consid. 80).

sólo ese conocimiento permite elegir la totalidad de lo que estima conducente a su propósito. A su turno, el juez debe, *d)* obrando imparcialmente (y más aún, hoy día la garantía supone no solamente que el juez sea imparcial sino que no esté en una situación que justifique alguna razonable incertidumbre a ese respecto —conf. "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 del C.P." (*Fallos,* 328:1491), "Hauschildt vs. Dinamarca" resuelto el 24/5/1989 por el TEDH, entre otros— *e)* considerar todas las argumentaciones que le hayan sido presentadas y sean conducentes a adoptar la decisión y *f)* fundarla en los hechos de la causa y el derecho aplicable. Es difícil imaginar una defensa eficaz si no se observan estos pasos, tanto los que hacen a la actividad de la parte como los que hacen al conocimiento de los cargos y argumentación de su contraparte y, finalmente, al rigor reflexivo de la del juez, empero, siempre es posible en el mundo de los conceptos distinguir unos extremos de otros.

Distinguir estos distintos aspectos, que hacen algunos al desarrollo de la defensa, otros a su eficacia, resulta ilustrativo a la hora de establecer cuál es el alcance de la que garantiza la CCBA en esta clase de procesos. La razón es que tanto la acusación como la condena o absolución provienen de cuerpos colegiados en que se divide la Legislatura, siguiendo un mecanismo usual en provincias cuya asamblea legislativa es unicameral. Tanto quienes deciden acusar como quienes deciden acerca del fundamento de la referida acusación están predeterminados por la CCBA. Son personas elegidas en comicios, que no pueden ser sustituidas a propósito del juicio político, que previsiblemente son, en algunos casos, aliados, y en otros adversarios del enjuiciado. Su misión no los exime de la que les es habitual, esto es, la de legislar en pos del bien común, a cuyo fin muy probablemente les toque interesarse en cuestiones directamente vinculadas con la conducta materia de los cargos, tomar postura públicamente a su respecto y votar leyes destinadas a evitar las situaciones no deseadas a que se refiere el juicio político. No está prevista su recusación, y la circunstancia de que no les cabe sustitución permite inferir que no podrían serlo, pues apartarlos importa desbaratar el órgano escogido por la CCBA. En tales condiciones, no cabe requerirles a los legisladores que participan como acusadores o jueces que mantengan la prescindencia propia del juez. La CSJN en la causa "Boggiano" señaló, al hacer suyos los considerandos IV a XII del dictamen del Procurador General de la Nación, que "…[n]o puede aplicarse al juicio político el mismo estándar de imparcialidad que al que se desarrolla en sede judicial, pues si se pretendiera hacerlo […] debería declararse inconstitucional la institución por entero. Es que nunca habría un Senado imparcial en los términos de la garantía…" a lo que agregó, "…[e]s cierto que los estándares de seguridad varían en función a

la gravedad de los bienes puestos en juego. El juicio político debe cumplir con todas las garantías de un juicio, pero como ya fue demostrado, la pretensión de otorgar exactamente la misma interpretación de las garantías que en el juicio ordinario es una ilusión que acabaría, en todos los casos sin excepción, con el proceso de remoción. Esta es la razón por la que V.E. afirmó con gran precisión en *Fallos,* 316:2940 y 327:1914, que estos mecanismos tienen que ser adaptados a las particularidades del procedimiento. // Y en ese sentido, el magistrado debe asumir que los mecanismos de remoción no pueden estar rodeados exactamente del mismo grado de garantías que se requieren para una condena penal. Entonces, el juicio político, a diferencia de lo que sucede en los juicios ordinarios, no puede estar totalmente sesgado a la protección del derecho individual a la intangibilidad de los bienes más preciados —la libertad, la dignidad personal, la fortuna— sino, en parte, inclinado al derecho de todos a no tener funcionarios que defrauden la confianza pública. // Es por ello que la idea de que el sometido a juicio político sólo lo es en su función de ciudadano que debe ser protegido del poder del Estado, es una más de las facetas del fenómeno. El funcionario o magistrado enjuiciado integra la organización estatal y ello convierte al conflicto en un asunto intraestatal, en el que parte de los costos deben ser soportados por el funcionario que, al asumir, aceptó las reglas vigentes acerca de su propia remoción. Esto, necesariamente, tiene que incidir en el alcance de las garantías, tal como V.E. lo ha reconocido al afirmar, en el precedente Nicosia, que 'la Constitución ha conferido al procedimiento del juicio político una naturaleza que no debe, necesariamente, guardar apego estricto a las formas que rodean el trámite y decisión de las controversias ante el Poder Judicial' y que 'la Ley Fundamental ha dado a quienes conocen en ese juicio, facultades suficientes para reglarlo y conducirlo en forma acorde con su especificidad'…".

Ello no empece a que, en una situación comparable, el juicio de los arts. 59 y 60 de la C.N., se les requiera juramento de ser imparciales. No puede verse en ello una exigencia equivalente a la que pesa sobre los jueces, pero, sí, el deber de no convertir el juicio político en un puro voto de privación de confianza, propio de un sistema parlamentario. La C.N. no prevé sanción en caso de incumplimiento de dicha exigencia. Tampoco hay razones para pensar que la CCBA le ha atribuido a los órganos permanentes del Poder Judicial la misión de revisar los pareceres de estos jueces.

4.2. El tipo de juez elegido por la CCBA permite inferir también que los constituyentes no esperaban del cuerpo juzgador la formulación de un fundamento con las características técnicas del exigido al juez. No se trata de un cuerpo de expertos en derecho, y es además suficientemente nume-

roso como para exigir de ellos la coincidencia en un fundamento con las características del que puede brindar sustento a una sentencia. A su vez, en tanto aprecian un desempeño desde el ángulo político encuentran justificable sumar pareceres coincidentes aunque deriven de concepciones ideológicas distintas y hasta opuestas. Esta característica separa al juicio político del judicial (y, particularmente, del penal) en que la necesidad de que las condenas reconozcan razones objetivas proscribe el aprovechamiento de las que son inconciliables lógicamente. Los cuerpos legislativos son órganos que, más allá del contenido del debate que precede a la votación, se limitan a votar afirmativa o negativamente un texto imperativo, la ley. Nada hay en las palabras de la CCBA que permita inferir que ha sido otra la exigencia prevista para este supuesto.[21] La elección del juez proyecta, pues, consecuencias sobre la modalidad de su pronunciamiento. En esto, según resulta de lo expuesto más arriba, existe alguna coincidencia entre las exigencias que resultan de normas nacionales y las de la Ciudad aun cuando sus contenidos difieren.

Parece difícil establecer cuál sería exactamente el estándar de motivación exigible por la Corte a partir de su pronunciamiento en la causa "ATE. San Juan" ya comentada, y cabe suponer que antes bien tuvo en mira que la decisión tuviera un fundamento susceptible de ser razonablemente inferido del debate previo que uno expresamente formulado a la manera judicial. Por ejemplo, cuando el voto de los Dres. Fayt y Boggiano dice "[l]a condición de órganos de aplicación de la Constitución Nacional que les cabe a quienes tienen la carga de impartir justicia en un sistema republicano —aún tratándose de un juicio político—, va entrañablemente unida a la obligación de preservar las garantías que hacen al debido proceso —así lo entendió esta Corte, desde antiguo, aún en el caso de los procedimientos administrativos (*Fallos,* 198:78)— y que en virtud de éstas, esos órganos, se hallan alcanzados por el deber de fundar sus decisiones. Ello, no solamente porque los ciudadanos pueden sentirse mejor juzgados, sino porque esa exigencia tiende a lograr que la decisión final será

[21] Vale señalar que la interpretación de la ley local 5496, que los votos de los ministros Nazareno y López (ver cons. 7 y 8 de sus votos) en la causa "ATE. San Juan" dieron como apodíctica, dista de serlo. No es la que el Senado de la Nación ha hecho en su práctica del texto del art. 16 del Reglamento de Procedimiento para el caso de Juicio Político, que establece que "[h]echo lo que disponen los cinco artículos anteriores, el Presidente nombrará una comisión de tres miembros para la redacción de la sentencia, aprobada la cual, por simple mayoría, firmará por el Presidente y el Secretario y se agregará el original al proceso, notificándose a la Cámara de Diputados, al acusado, al Poder Ejecutivo y a la Corte Suprema". Puede verse un interesante desarrollo del punto en el trabajo del profesor Emilio A. Ibarlucía, ob. cit.

derivación razonada del derecho y no producto de la individual voluntad de los órganos juzgadores. Esto debe ser considerado de aplicación a todos los supuestos posibles, pues la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional y tiene como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley (*Fallos,* 236:27)...", (cons. 11).[22] Es indispensable recordar que la cita de *Fallos,* 198:78 corresponde no al ejercicio de la función administrativa sino a una jurisdiccional —aplicación de una multa— a cargo excepcionalmente de la administración, y no hay razones para extender lo que allí se dice a supuestos de ejercicio puro de la función administrativa. El voto de los Dres. López y Nazareno busca apoyo en una interpretación de la ley local 5496 (consids. 7 y 8 del voto de los Dres. Nazareno y López), que, en mi opinión, lejos de ser inexorable, tal como la presentan ambos ministros, es errada. Basta señalar que el fallo redactado en comisión y aprobado por simple mayoría donde, encuentra apoyo su tesis, constituiría si fuera mucho más que un acto fedatario una obvia alteración de la mayoría exigible para destituir, que habría quedado así compuesta de una simple coincidente en los fundamentos unida a algo así como un 16 % de los votos, necesarios para completar los dos tercios que habrían delegado indebidamente una parte de la competencia que, como sala juzgadora, les está atribuyendo el voto comentado. Esa competencia, indispensable para emitir validamente el acto, consistiría en fundarlo de un modo coherente con el de los que componen la mayoría que aprueba la motivación.

A su turno, la destitución del gobernador de San Juan en la causa "ATE. San Juan" venía acompañada de la inhabilitación. Si bien es cierto que para la época en que fue sancionada la Constitución de los EE.UU. o la de nuestra Nación, tanto la extinción del mandato presente como la inhabilitación para uno futuro podían ser vistos no como penas sino como matizaciones dentro del vínculo jurídico que se establece entre Estado y funcionario. Muestra de ello es que en el régimen de empleo público nacional ha sido tradición que las llamadas sanciones separativas, esto es, las que extinguen el vínculo de empleo conllevan periodos de inhabilitación para ingresar en la función pública. También lo es la frase de González "[p]or eso la sentencia no recae sino sobre el empleo y la incapacidad temporal o definitiva del acusado para ocupar ese mismo u otros de la

[22] En mi opinión, la sentencia parcialmente trascripta alude promiscuamente a los fundamentos del fallo del Tribunal Superior de San Juan revisado y a los de la remoción dispuesta por la legislatura, con lo que no es sencillo saber qué exigencias pesan sobre los de este último acto, cuando no es dudoso que aquel del Tribunal debe observar los recaudos de toda sentencia judicial.

República...".[23] Si se asume que esas inhabilitaciones son auténticas privaciones de derechos subjetivos de que goza la generalidad de los sujetos de derecho, se concluye que son estrictamente penales; y parece imposible conciliar el reconocimiento de su naturaleza penal con la admisión de una revisión judicial limitada, puesto que ello sería tanto como negar el acceso a la justicia para la defensa de un derecho. Distinto es el caso cuando se trata de la exclusiva extinción del vinculo del empleo público, puesto que tomar esa extinción como poder disciplinario, esto es, como una manifestación específica de la función administrativa o como derecho a extinguirlo pautado por el contrato de empleo público no supondría más que la pérdida de una situación que la propia administración coadyuvó a crear con la característica, desde su creación, de poder extinguirla en esas condiciones y el empleado se sujetó a esta vía. Puesto de otro modo, la cesantía o remoción constituyen un modo de ejercer un derecho del demandante del servicio a deshacerse de él, si quedan verificados ciertos hechos indeterminados, pero que suponen deterioros serios del vínculo. Lejos de ello, la inhabilitación priva a una persona determinada del derecho de que gozan todos los miembros de la comunidad a alcanzar cargos públicos. No es ocioso recordar que cuando la C.N. previó la inhabilitación como consecuencia posible del juicio político de los arts. 51 y 52, los cargos alcanzados eran de elección indirecta, por lo que la medida suponía no una restricción al pueblo sino a sus representantes. Esta circunstancia de consistir en la privación de un derecho la convierte en una pena. Difícil es sostener que esa misma sujeción consentida en lo que hace a la extinción del mandato pueda alcanzar a la renuncia a defenderse ante un juez de una pena de inhabilitación aun cuando ella no preceda sino que suceda a la creación de un vínculo de empleo público. Hoy en día, el art. 23, inc. 2º de la CADH en cuanto exige que "[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, *o condena, por juez competente, en proceso penal*" (sin negrita en el original) constituye un dato indispensable para dilucidar qué clase de función debe ser puesta en marcha para inhabilitar.

Visto desde el ángulo de los intereses en juego, naturalmente el público, consistente en que el mandato sea ejercido sin incurrir en lo que un número potenciado de representantes del electorado consideran condenable, prevalece sobre el privado a conservar el empleo, cuando de la remo-

[23] GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1983, pp. 504, 505, 507 y 509.

ción se trata, porque es ése el modo que tiene el sistema de permitir la corrección del rumbo cuando ello es percibido como necesario por el número de legisladores a que me referí. Mientras tanto, el privado prevalece sobre el público a la hora de inhabilitar para mandatos futuros. Por una parte, la inhabilitación no es un medio de corregir rumbos que se suponen gravemente errados sino, en todo caso, de conjurar un hipotético peligro de que ellos sean adoptados por el enjuiciado devenido en candidato triunfante en comicios. Quizás también evitarle el juicio a una futura conformación del Poder Legislativo. Pero, ni lo uno ni lo otro prevalecen sobre la privación del derecho a ser elegido. Ello así, porque supone privar al electorado de pronunciarse. Por otra parte, y aunque, a diferencia del electorado, la futura Legislatura no puede evitar que el candidato ejerza el cargo a menos que éste le dé causa, vale señalar que la conformación del cuerpo podría ser más afín al magistrado removido en un mandato anterior. Es decir, no existen razones para que la Legislatura actual extienda su visión del desempeño también actual para juzgar la capacidad futura.

Estas características posiblemente fueron tenidas en cuenta por los miembros de la Sala de Juzgamiento y deben serlo a la hora de evaluar el contenido de los fundamentos que precedieron sus votos.

5. Es necesario destacar que cuando hago inferencias acerca de qué es exigible (o qué no lo es) con base en las características del órgano legislativo escogido por el constituyente, tanto en lo que hace a la asistencia a las audiencias del proceso como a la exigencia de enunciar los fundamentos de lo que resuelven, no me refiero a la condición de legisladores de sus integrantes sino a la condición del órgano que dichos legisladores integran. Así, las exigencias se mitigan cuando hablamos de la Sala Acusadora o de la Juzgadora; no, en cambio, cuando se trata de legisladores que integran cuerpos colegiados no legislativos. Es este último el caso de los legisladores escogidos para componer los Jurados de Enjuiciamiento de magistrados. A esos integrantes les son exigibles idénticos deberes a los que pesan sobre los demás miembros del cuerpo. Una ley puede disponer cuál es la solución si se ausentan o son recusados. Pero, lo cierto es que podrían ser sustituidos o ser invalidados sus votos. Será tarea de la Legislatura elegir los representantes más cumplidores. En cambio, los miembros de las Salas no pueden ser sustituidos, o, dicho de otro modo, su pertenencia al Jurado no es fruto de la voluntad de los legisladores sino del constituyente. En esas condiciones, exigirles presencia equivaldría a atribuirles el poder de invalidar por sí los juicios políticos, una suerte de poder de veto.

6. Por último, en cuanto al punto 3.2.5 del voto del Dr. Casás y la Dra. Conde creo oportuno añadir que no sería aplicable sin más, como

sostiene el recurrente, la doctrina que fijó el precedente "Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento" (*Fallos*, 326:4816), sentencia del 11/12/2003 con arreglo a la cual los jueces no pueden ser destituidos por hechos anteriores a su designación. Ello así, porque cuando el órgano que examina las causas es un jurado de enjuiciamiento, como ocurrió en ese caso, pronunciarse sobre tales acontecimientos supondría revisar el acto del órgano que designó al juez. Dicho órgano, Presidente con acuerdo del Senado y con el previo proceso de selección a cargo del Consejo de la Magistratura, no está sujeto al control del Jurado de Enjuiciamiento ni aun a requerimiento del citado Consejo. Tampoco está previsto un procedimiento para revisar esa designación, ya que el proceso de remoción no lo es.

Los comicios, que serían el acto comparable en nuestro caso, no tienen por objeto examinar la conducta del candidato sino elegir, entre varios, aquel que la mayoría del pueblo considere preferible. Por ello, no cabe afirmar que el pueblo viene a descargar al candidato de sus errores por la circunstancia de elegirlo. No realiza un escrutinio estricto de cada uno de los actos realizados por el mandatario en el anterior período, elige u opta por la que considera la mejor fórmula. Desde luego, sería incomprensible que quien ha quedado elegido hoy sea destituido mañana por lo que hizo ayer. Pero, ello no obedece a la misma razón que funda la doctrina sentada *in re* "Brusa", sino al hecho de que los supuestos en que la auténtica voluntad del pueblo —que los legisladores representan— es destituir a aquél por quien acaba de optar son más bien académicos. Ello, de todos modos, no significa que un órgano judicial tenga facultades para investigar cuál es el contenido efectivo de esa voluntad popular y ponerlo por encima de lo que estimó procedente la Legislatura dividida en Salas. No se trata de una dificultad de hecho. Una encuesta de opinión sería un aceptable mecanismo para despejarla. Pero, no es el que ha previsto la CCBA, ni lo prevén otras constituciones erigidas sobre similares valores.

El acabado desarrollo de la defensa servirá al pueblo, más que a un tribunal, para formarse juicio acerca del que emiten los órganos que dirimen juicios políticos. En este plano es en el que creo que el constituyente de 1853 acertó en la elección del atributo "público" para calificar al juicio de destitución al que, en cambio, no denominó "político", vocablo que destaca otra de las características presentes en estos procesos. En el caso que nos ocupa, el debate tuvo amplia difusión, no sólo al ser seguido por la prensa, sino al ser además televisado.

7. Por todo lo expuesto y concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto estimo que corresponde desechar parcialmente la queja, y por los agravios en que ha sido habilitada limitadamente esta

instancia, rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el ex Jefe de Gobierno.

El juez PABLO A. BACIGALUPO dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por el Dr. Aníbal Ibarra y sus letrados patrocinantes en tiempo y forma (art. 33, ley 402 y art. 113, inc. 4º de la CCBA). Si bien, tal como lo asevera el señor Fiscal General Adjunto, la pieza impugnaticia reedita en su mayor parte las argumentaciones oportunamente vertidas en el recurso de inconstitucionalidad, realiza una crítica suficiente —a efectos de la apertura de la vía extraordinaria— del resolutorio de la Sala Juzgadora que deniega la acción intentada. En este sentido, el remedio resulta procedente aunque limitado sólo a algunos aspectos.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad en sí, pese al silencio de las normas constitucionales locales que regulan específicamente el juicio político —arts. 92 a 94— corresponde, a modo de consideración previa, delimitar adecuadamente la competencia de este Tribunal a efectos de revisar con el alcance que se verá el decisorio que, en definitiva, destituye al Dr. Aníbal Ibarra del cargo de Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para luego permitir el conocimiento de las cuestiones introducidas por el recurrente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en torno a la facultad de contralor de los Tribunales respecto de los actos realizados en los procesos de juicio político en tanto se denuncie la afectación de garantías y principios constitucionales.

Ya en 1893, en el precedente "Cullen, Joaquín c/Llerena, Baldomero", rto. el 7 de septiembre de ese año, el Dr. Luis V. Varela —en disidencia— expresaba que "Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no ha puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma; pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surge un caso judicial, que puede ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada" (*Fallos*, 53:420).

Asimismo, en los antecedentes "Nicosia" (CSJN, *Fallos,* 316:2940) y "Moliné O' Connor" (CSJN, *Fallos,* 327: 1914), entre otros, postularon: "...la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (*Fallos,* 137:47, entre otros), y es

del resorte de esta Corte juzgar 'la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes' *(Fallos, 210:1095)* y 'la excedencia de atribuciones' en la que éstos puedan incurrir *(Fallos, 254:43).* Planteada una 'causa', no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver sobre la existencia y extensión de las atribuciones constitucionales otorgadas a los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y al deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por la Corte, ya desde el año 1864, en cuanto a que ella 'es el intérprete final de la Constitución Nacional *(Fallos,* 1:340*)'", in re:* "Nicosia".

Y que: "...la observancia de las reglas procesales relativas a la garantía de defensa en juicio adquiere el rango de materia revisable judicialmente, desde que corresponde a esta Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el reexamen de la solución de fondo que puede dictar el cuerpo político, pues las decisiones de fondo quedan en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no justiciables", *in re:* "Moliné O' Connor".

También ese es el criterio de calificada doctrina; así Linares Quintana señala que: "...la no justiciabilidad de las cuestiones políticas no debe dar lugar a equívocos. Lo que escapa a la competencia del Poder Judicial es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia" (*Derecho constitucional e instituciones políticas,* t. II, Plus Ultra, p. 569,).

Sucede que "esas consideraciones de prudencia pública o política —propias de los departamentos políticos de los gobiernos— no pueden permitir a la legislatura violar cláusulas constitucionales..." (Willoughby, W. W., cit. por Linares Quintana, p. 562).

Es más, en palabras del Dr. Alejo Pedraza "...la no justiciabilidad de las cuestiones políticas implica la retracción del sistema como estado de derecho a los módulos del absolutismo..." (CSJ de Tucumán, sentencia 448/89 del 28/4/1989) y, por otra parte, dicha tesis "no es congruente con el sistema judicialista de control de constitucionalidad de las normas y actos" (Sagües, Néstor: *Recurso extraordinario,* t. 1, Depalma, p. 147).

En suma es incontrastable que, tal como lo resolviera la Corte en el caso "Nicosia", lo atinente a la interpretación de la Constitución en orden a las causales de destitución por juicio político y, desde luego, la apreciación de los hechos materia de acusación a la luz de dicha exégesis, conforman ámbitos depositados por la Ley Fundamental en el exclusivo y definitivo juicio del Poder Legislativo y, por lo tanto, no revisables judicialmente. El único examen jurisdiccional posible en esta materia puede

serlo, como se enunciara, sólo respecto de la conculcación de imperativos constitucionales so pretexto, en caso contrario, de avasallar las competencias del órgano legislativo y quebrantar de este modo la forma republicana de gobierno y el principio de división de poderes.

Sobre el particular Quiroga Lavié ha expresado que "el Tribunal Supremo sólo debe decidir sobre la validez o invalidez del procedimiento seguido por la Legislatura, particularmente si se respetó el debido proceso, nunca sobre los hechos que fueron objeto del juicio político, ni sobre la valoración política que todos estos enjuiciamientos conllevan" (Quiroga Lavié, Humberto: *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, comentada,* Rubinzal-Culzoni, p. 270).

De lo contrario se estaría desvirtuando la esencia "política" de este tipo de procesos, en virtud de que, en ellos, el núcleo no radica en reprochar jurídicamente al enjuiciado por sus actos sino que la órbita de responsabilidad debe circunscribirse a evaluar si en el caso hubo o no mal desempeño del funcionario en el ejercicio del cargo para el que fue electo, y en consecuencia, si cumple con el requisito de idoneidad para permanecer en el mismo.

En otro orden, a efectos de excitar la instancia revisora extraordinaria corresponde al peticionante demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente que se ha incurrido en un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y que la violación al derecho de defensa es de relevancia suficiente como para variar la suerte de la causa.

Es con ese alcance que habré de examinar los agravios invocados por el accionante, en el marco del referido control de constitucionalidad.

Por lo demás el pronunciamiento recurrido, en la medida en que dispuso destituir de su cargo a un funcionario público, constituye una decisión de carácter definitivo que, aun siendo dictada en el marco de un juicio político, es susceptible de generar agravio irreparable que habilita la instancia judicial revisora en los términos antes indicados.

Igualmente, en principio, configura exitosamente el caso constitucional exigido por la norma. En este sentido, denuncia la lesión a las reglas del debido proceso, el derecho de defensa, los principios de legalidad, publicidad, juez natural e imparcial. A su turno, tacha de arbitrariedad el resolutorio de destitución recaído. En efecto, conecta de manera suficiente las reglas fundamentales que aduce fueron violentadas con los actos procesales celebrados durante la etapa previa a la acusación y la sustanciación del juicio político llevado en su contra.

3. Los agravios:

A) *Reglas del debido proceso:* Dentro de este acápite, el recurrente realiza un desarrollo dogmático sobre las reglas del debido proceso. Cita

en función de ello doctrina y jurisprudencia nacional, y de tribunales extranjeros que considera de aplicación; delineando de este modo el marco conceptual donde deben analizarse los actos procesales y en consecuencia, los derechos que —según expone— le han sido vulnerados.

Seguidamente, a modo de sistematizar el desarrollo de mi voto, enunciaré los distintos agravios presentados por el quejoso para luego abocarme el estudio de cada uno de ellos. Veamos.

B) *Arbitrariedad:* por omitir la Sala Juzgadora el tratamiento de cuestiones planteadas por el enjuiciado, a saber: *B.1)* Nulidad de lo actuado por la Comisión Cromañón; *B.2)* Incumplimiento de los fines por parte de la Comisión que la sucedió; *B.3)* Falta de una imputación clara en su contra; *B.4)* Falta de votación de los cargos para llevar adelante el proceso; *B.5)* Imposibilidad de ejercer defensa en función de ello y *B.6)* Violación del principio de cosa juzgada.

También: C) Nueva causal de arbitrariedad: Falta de fundamentación de los votos emitidos por la Sala Juzgadora; *D)* Violación al principio de legalidad; *E)* Violación al derecho de tener una acusación válida; *F)* Violación a la garantía de juez natural; *G)* Violación a la garantía de imparcialidad; *H)* Violación del derecho a un juicio público e *I)* Innecesariedad de demostrar agravios.

Dentro de la causal de *arbitrariedad* (B) ataca el pronunciamiento de la Sala Juzgadora en tanto denuncia que habría omitido examinar y resolver debidamente en su momento las cuestiones por él planteadas, que resultaban decisivas para la solución del caso.

Al respecto, de las constancias del legajo surge que las nulidades articuladas por el apelante durante la acusación fueron proveídas por dicho órgano, quien decidiera postergar su tratamiento para el momento oportuno (ver pto. III del Acta nº 35 del 16/9/2005, obrante a fs. 1017 y ss. del expte. de la sala acusadora). En una etapa posterior, una vez iniciado el juicio político, y luego de algunos intentos recursivos, el accionante reintrodujo algunas de las impugnaciones al tiempo de presentar las cuestiones preliminares en el debate que, dicho sea de paso, no fueron "todas" como afirma a fs. 110 del recurso de inconstitucionalidad. Terminada la deliberación de la Sala Juzgadora se dio lectura de su rechazo, cuyos fundamentos por escrito se encuentran vertidos en el resolutorio glosado a continuación del acta de juicio (fs. 479/483 del expte. s/juicio político).

En virtud de ello, el agravio del Dr. Ibarra en cuanto afirma que la Sala Juzgadora "habría omitido dar tratamiento a las cuestiones planteadas", aparece, en definitiva, como una mera discrepancia con la solución

adversa recaída, toda vez que, como se expone, fueron materia de decisión por parte del órgano juzgador.

B.1 y B.2) Liminarmente debe advertirse que las instancias de investigación —tanto la desarrollada por la Comisión Especial de Cromañón como la que le sucediera, la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora— fueron etapas previas al inicio de la sustanciación del "juicio político" y en tanto configuraron actuaciones preliminares no podían causar al interesado agravio alguno más que su sujeción al proceso.

La apreciación de todos éstos actos preparatorios del eventual juicio —tarea de pesquisa—, atento su carácter político e instructorio, son de resorte exclusivo del órgano legislativo y en principio ajenos a la valoración de este Tribunal, quien sólo tiene facultad de justipreciar si a lo largo de la sustanciación del proceso el recurrente pudo efectivamente ejercer sus derechos fundamentales.

Por otra parte, la creación de Comisiones Investigadoras ha sido expresamente regulada por nuestra Carta Magna local en el art. 83 inc. 3º y obedece a un delicado equilibrio de arquitectura republicana, instaurado por la Ley Fundamental mediante el clásico principio de "frenos y contrapesos", de controles recíprocos entre los diferentes departamentos de gobierno. En este sentido, su competencia resulta ajena a la averiguación de la verdad material del caso, propia de la función judicial.

Conforme el alcance específico de éste tipo de contralor interpoder, es que carece de asidero el "grado de parcialidad" en la delimitación del objeto de la Comisión enrostrado por el recurrente —fs. 4, último párrafo, del recurso de inconstitucionalidad—, toda vez que el núcleo de la investigación realizada se corresponde con la atribución constitucional otorgada a ese Cuerpo por la Convención Constituyente de la ciudad.

En cuanto a la integración de la Comisión Investigadora de marras, ésta fue creada por resol. 624/04 del 24/2/2005 donde expresamente se estipuló, en cumplimiento de la cláusula constitucional respectiva, la paridad de partidos y alianzas a fin de componer su estructura —v. fs. 3 del expte. de la sala acusadora—. Amén de ello, no surge de las actuaciones que se haya faltado a ese mandato ni tampoco que se hubiere impetrado oportunamente oposición alguna. Así las cosas, tampoco el recurrente especifica concretamente de qué manera, en definitiva, fue conformado ilegítimamente el órgano que ahora cuestiona, existiendo en el legajo tan sólo la solitaria expresión de que "la Comisión estuvo conformada sólo por legisladores opositores a (su) mi gestión..." (ver en recurso de inconstitucionalidad a fs. 6 , punto "a").

Por lo demás, las cuestiones referidas a la actividad desarrollada por la Comisión Investigadora de la Sala Acusadora a la cual se remitieron las

actuaciones labradas por la primera —pesquisa, hechos y prueba— con la finalidad de configurar la acusación que diera lugar a la apertura del debate escapan al examen del Tribunal, sin perjuicio de no advertirse de qué modo, objetivamente, se habría privado al Dr. Ibarra de efectuar los descargos pertinentes, toda vez que en definitiva contestó las totalidad de los traslados que le fueron conferidos, le fueron concedidas las prórrogas solicitadas a ese fin y ofreció la prueba —en ambas etapas del proceso— pertinente a su defensa, la que en su gran mayoría fue admitida y producida.

A todas estas consideraciones cabe adunar como elemento dirimente que, malgrado lo sostenido por el Dr. Ibarra, las nulidades en tratamiento no fueron deducidas en las preliminares del juicio (ver fs. 475, último párrafo y ss. del expte. s/juicio político), lo que aventa toda posibilidad de incluir tales agravios en la viabilidad de la queja bajo examen.

B.3, B.4 y B.5) Seguidamente se damnifica en tanto entiende que la Sala Acusadora de la legislatura no habría elaborado una imputación de cargos precisa sino general, que imposibilitaba flagrantemente el ejercicio de su defensa.

Asimismo, que ante la duplicidad de dictámenes acusatorios la Sala interviniente no habría aprobado ninguno de ellos sino tan sólo la fórmula de “mal desempeño”; lo que también vulneró el derecho aludido.

En primer lugar, es la constitución local la que en su art. 92 establece como causales de destitución por juicio político el mal desempeño, la comisión de un delito en el ejercicio de funciones o la comisión de delitos comunes, fijando la mayoría necesaria —dos tercios de los miembros de la acusación— para promover el debate —art. 94.

Sobre el particular y tal como lo consignara la Sala Juzgadora en su pronunciamiento del 17/1/2006 al resolver las preliminares (fs. 479 del expte. s/juicio político), lo que se sometió a votación fue la decisión de llevar adelante o no el juicio político contra el señor Jefe de Gobierno por la causal de “mal desempeño”. Y a propósito de ello, siendo el órgano acusatorio colegiado, no aparece como viciado el acto por el hecho de haberse llevado a cabo sobre una única calificación —mal desempeño— apoyada en los fundamentos —cargos descriptivos de las conductas cuestionadas— de los distintos cuerpos de votantes, subsumidos en la causal nombrada. Justamente es éste supuesto de “mal desempeño” —configurado por distintos hechos— el que en definitiva determinó la acusación y promovió la sustanciación del juicio político y de la cual se confiriera vista al encartado.

En esta dirección se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, en los autos caratulados: “Colazo, Mario Jorge c/Prov. de Tierra del Fuego —Poder Legisla-

tivo, Sala Acusadora— s/Contencioso Administrativo", expte. nº 1801/05, rto. el 25/10/2005, donde, con cita del ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional de Ecuador, Hernán Salgado Pesantes, sostuvo: "En el juicio político la cuestión que se juzga —con criterio político— es, de modo general, el desempeño de las funciones, en cuyo ejercicio puede atentarse contra el interés público o se puede incurrir en violaciones normativas —sea de la Constitución o de las leyes— o cometer delitos políticos o comunes. Estos elementos son recogidos de diversa manera en las causales que los textos constitucionales establecen".

Quiroga Lavié ha definido el término de "mal desempeño" como "...un concepto jurídico indeterminado, que se concreta caso por caso, de acuerdo al impacto o repercusión de la conducta que es juzgada. Obviamente que una primera aproximación nos dice que es lo contrario a 'buen desempeño', es decir aquel aceptado generalmente por la gente. En tal sentido la valoración que se haga en el Congreso deberá ser inevitablemente política..." (ob. cit., p. 259).

Es que la imprecisión del concepto de mal desempeño hace que en el juicio político exista cierta discrecionalidad, política, inevitablemente, por parte de los acusadores a la hora de "determinar" cuándo se configuró la causal antedicha (conf. Quiroga Lavié en ob. cit., p. 257).

Por su parte, Ekmedjian señala que "...si la causal de remoción es por 'mal desempeño', no puede haber referencia en ese caso a vicios de procedimiento, y la discrecionalidad del Senado es en este sentido amplia, incluso en lo referido al procedimiento, ya que para comprobar, simplemente el mal desempeño, no es necesario un rigorismo formal" (Ekmedjian, Miguel Ángel: *Tratado de derecho constitucional,* t. IV, Depalma, p. 302).

Sin perjuicio de ello, de la lectura y confronte de los dictámenes acusatorios aquí cuestionados se advierte que media una adecuada relación de identidad entre los supuestos fácticos imputados, más allá de que hayan sido enunciados de un modo diverso.

En otro orden de ideas, no resulta acertada la tacha de irregularidad del acto a través de su comparación con la requisitoria fiscal prevista en los procesos penales ya que tal como se expusiera ambos juicios responden a naturalezas distintas. Ilustra en este punto la afirmación enunciada por el Procurador General ante la Corte Suprema en el fallo "Moliné O'Connor" en cuanto en su dictamen dijo*:* "...el juicio político previsto en nuestra Constitución, si bien reúne las características materiales de un juicio (acusación, defensa, debate y veredicto del tribunal), no es un proceso en el que rijan con toda estrictez las garantías judiciales propias del ámbito penal. Por el contrario, la destitución de un magistrado por parte del

Senado, dadas sus características y particular naturaleza, no requiere un estándar tan elevado de formalidades procesales".

Y que: "...es importante tener en cuenta —puesto que ésta es una de las principales causas del desconcierto en la materia— que al hablarse de juicio político, el término 'juicio' debe tomarse en un sentido más laxo del que se le otorga en el ámbito específicamente judicial".

También Quiroga Lavié apuntó: "Primero tenemos que distinguir el juicio político del juicio jurisdiccional penal. Ambos son juicios, pero difieren en dos cuestiones fundamentales. En el juicio penal, cuando es encontrado responsable el imputado, se aplica una sanción; el juicio político solamente produce la remoción administrativa del acusado. Además, el juicio penal requiere que haya ley previa, con la exigencia de tipicidad en las figuras delictivas que se les aplica a los imputados; en cambio, en el juicio político no se exige ley previa, mucho menos que ella esté tipificada. Prueba concreta de ello es el concepto indeterminado 'mal desempeño': un escándalo publico, por conductas privadas que no son delitos, pero sí merezcan el severo reproche de la sociedad, aun a posteriori de cometido el hecho, no podría ser considerado como una violación del debido proceso por parte de la Cámara de Diputados, a la hora de acusar. Pero si la causal es un delito, el requisito de ley previa no puede ser obviado" (Quiroga Lavié: ob. cit., p. 257).

Es que el juicio político no implica o importa necesariamente la individualización de la responsabilidad del funcionario cuestionado y la consecuente sanción, sino que su principal objeto es verificar si conserva las condiciones mínimas necesarias para continuar ejerciendo ciertas obligaciones públicas.

Acerca de las diferencias que distinguen ambos procedimientos, el Superior Tribunal de Ushuaia, con cita de Salgado Pesantes, señaló: "Al analizar las características del control político, cuyo criterio comparto, destacan su condición o carácter subjetivo de donde se derivan aspectos muy específicos que configuran a esta institución. Tiene un carácter subjetivo en el sentido de que el control político se basa en criterios de confianza y de oportunidad; la valoración descansa en la libre apreciación de quien juzga. El control jurídico, en cambio, tiene un carácter objetivo en el sentido de que se fundamenta con mayor rigor en normas del derecho que tienen una valoración predeterminada y se basa en reglas que limitan la discrecionalidad del juzgador... Los agentes o personas que realizan el control político son determinados en virtud de su condición política y no de su preparación y conocimientos jurídicos, como ocurre en los órganos jurisdiccionales. Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está inter-

pretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico. De lo expresado se puede concluir que el control político entraña siempre una decisión política basada en razones políticas. Por otro lado, en el control político se produce una consecuencia, un resultado, por el mero hecho de ponerse en marcha el respectivo procedimiento. Queda visible que se está dando una fiscalización del poder público".

Al respecto, sin realizar en manera alguna una valoración sobre su contenido, puede advertirse que los sucesos imputados, aun careciendo de cierto tecnicismo jurídico y apego estricto a las formalidades propias de un enjuiciamiento penal —que por otra parte le son ajenas en función de las razones apuntadas—, poseían una determinación suficiente como para permitir al enjuiciado ejercer su debido descargo.

Asimismo, según surge del legajo de la Sala Acusadora se acompañó a la notificación de traslado de los hechos copia del dictamen emitido por la Comisión Investigadora —expte. nº 2021-D/05— como también de los antecedentes en que se basó dicho cuerpo, representando la documentación citada la prueba de la que habría de valerse al momento de tener por acreditados los extremos que sustentarían su requerimiento de juicio político por la causal de mal desempeño (ver notificación de fecha 19/8/2005 obrante a fs. 165), plataforma fáctica que, por su parte, se mantuvo durante el transcurso del debate.

En definitiva, entiendo que se observó el derecho de defensa ya que sin perjuicio del escaso tiempo con que contó el acusado —propio del tipo de proceso y del principio de celeridad— y el cuantioso volumen de las actuaciones de las que se le confirió vista, pudo efectivamente —luego de las prórrogas concedidas a fs. 215 y 283/284 de la misma actuación— y a pesar de las tachas de nulidad articuladas, contestar el traslado y ofrecer la prueba que hacía a su ejercicio.

Amén de lo expuesto lo cierto es que, en rigor de verdad, es en la etapa de juicio propiamente dicha —por aplicación del principio de contradicción— donde el Dr. Ibarra tendría y tuvo la oportunidad de ratificar el despliegue probatorio oportunamente ofrecido, ampliarlo y/o controlar el material introducido por la acusación.

En virtud de todo ello no se advierte la vulneración al derecho de defensa denunciada, como así tampoco la omisión por parte de la Sala Juzgadora en el tratamiento ulterior de las cuestiones que fueran planteadas por el recurrente.

B.6) El impugnante se agravia en tanto asevera que se le imputó la causal de mal desempeño de sus funciones basada en hechos anteriores a que comenzara su segundo mandato el día 10/12/2003, en franca violación al principio de la cosa juzgada.

Más allá de los serios reparos que merece la equiparación de los efectos irreversibles de un pronunciamiento jurisdiccional —al quedar agotadas las vías recursivas— con la finalización de un mandato por cargo político —lo que importaría otorgar un bill de impunidad al funcionario—, demostraré seguidamente que la circunstancia cuestionada en nada hizo variar la suerte del proceso.

Con el objeto de desentrañar la cuestión en estudio debe señalarse, en primer lugar, que los cargos integrantes de la causal de mal desempeño impugnados en este sentido por el Dr. Ibarra son los dos primeros en cuanto aluden a los períodos: agosto 2000/diciembre de 2004, y noviembre de 2003, respectivamente; no así los restantes que también sustentaron el motivo destitutorio; es decir que, en definitiva, el Dr. Ibarra fue removido de su cargo público a raíz de un conjunto de sucesos, no sólo en virtud de los que el recurrente cuestiona en este punto.

Por otra parte, sin entrar en la dilucidación de si los supuestos enunciados correspondían al primer o segundo gobierno del enjuiciado, resulta claro del contexto que, en realidad, lo que se juzgó, más que conductas de "un mandato fenecido" como propone el recurrente, fueron políticas, estructuras organizativas y funcionales y criterios de actuación, de la gestión —hasta ese momento— en curso, del Jefe de Gobierno que tuvieron su génesis en un período anterior y que perduraron, aunque con distintas modificaciones, en el tiempo y hasta el inicio del proceso de juicio político en su contra.

En suma, si hipotéticamente en un proceso de intelección obviáramos los cargos impugnados por el Dr. Ibarra por entender que habrían pasado en autoridad de cosa juzgada, aún subyacerían los restantes que conformaron también la causal destitutoria.

En definitiva, con más o menos imputaciones, de igual modo habría prosperado la plataforma fáctica que sirvió de sustento para llevar la acusación adelante y sustanciar el juicio político por "mal desempeño".

Justamente por ello el planteo del accionante aparece huérfano por completo en lo atinente a la demostración de la variación sustancial que habría tenido el proceso de no haberse incluido entre los cargos enrostrados aquellas conductas.

C) En este ítem presenta el recurrente una nueva causal de arbitrariedad en tanto considera que los distintos votos emitidos por los integrantes

de la Sala Juzgadora carecerían de la debida fundamentación exigida por el art. 18 de la C.N.

En punto a ello habré de indicar en primer término que el mandato prescripto no guarda ninguna relación con la función legislativa, de momento que sus miembros además de no estar investidos de los conocimientos jurídicos propios de la actividad judicial, conforme a la práctica parlamentaria exteriorizan sus voluntades —luego de la discusión pertinente donde exponen sus respectivas motivaciones— a través de la emisión de votos, ya sea por la afirmativa o negativa a la cuestión debatida, y como tal, no se encuentran obligados a fundar expresamente sus decisiones a diferencia de lo que ocurre de modo imperativo, bajo sanción de nulidad, en los procedimientos jurisdiccionales.

Reafirma el temperamento expuesto los dichos de Quiroga Lavié en cuanto sostiene que: "...Habrá discrecionalidad para el Tribunal: se podrá votar una destitución fundada o simplemente una resolución destitutoria; en este último caso se deberá computar como fundamento a las intervenciones de los legisladores en los debates. También será discrecional votar o no una sentencia absolutoria, pues de hecho se logrará esto último si no se obtiene la mayoría requerida en la Constitución para decidir la destitución" (Quiroga Lavié, Humberto: en ob. cit., p. 268).

Por su parte, el Procurador General de la Nación subrogante al momento de dictaminar ante el Máximo Tribunal de la Nación en el precedente "Moliné O'Connor" dijo: "...volviendo al agravio de falta de fundamentos, nótese que el Senado la desarrolla conforme a su propia naturaleza y respondiendo a las características de un órgano colegiado numeroso, donde su riqueza reside en la diversidad de sus miembros, tanto en lo relativo a su representación federal como política. Riqueza que permite la plena discusión de los asuntos que son llevados a su seno, y oportunidad en que se sopesan los intereses superiores que llevan a una decisión que se expresa por la concurrencia de votos. Es la forma, pues, en que este órgano se expresa, ya fuere para sancionar una ley, para decidir una interpelación, o para destituir a un magistrado. Por ello, que el sustento del voto individual pueda no ser expreso cuando la votación, no significa que sea insustancial; y mucho menos puede afirmarse tal circunstancia de la decisión colegiada. A los órganos legos de juzgamiento no puede exigírseles, por otra parte, que desarrollen fundamentos para decidir conforme la visión propia de un tribunal letrado; así, los códigos de procedimiento penal que aceptan la incorporación de legos al tribunal judicial (como, por ejemplo, lo hace el Código cordobés que añadió a los jueces letrados la figura de los llamados "escabinos", o los jurados en otros países) arriban a decisiones sin que expresen fundamentos escritos quienes no son abogados".

Y aunque así no lo fuere, que decididamente lo es, lo cierto es que más allá de que puedan compartirse o no, los diputados juzgadores explicitaron las razones por las cuales emitieron su voto en el sentido en que lo hicieron, siendo ajena por completo a esta instancia revisora cualquier evaluación a su respecto.

D) En lo concerniente a la violación al principio de legalidad, desarrolla su planteo no en cuanto a la exigencia de una ley previa al hecho que se juzga sino más bien referido a la necesidad de un procedimiento reglado, que comprenda tanto los actos que lo componen como el orden en que éstos se deban desarrollar.

En este punto —que por otra parte constituye un agravio inédito—, no se advierte la vulneración enrostrada toda vez que si bien no existe en la materia una ley en sentido formal resultan de aplicación en la especie las normas constitucionales locales que expresamente regulan el procedimiento de juicio político —arts. 92 a 94— y que estatuyen las pautas adjetivas dentro de las cuales el enjuiciamiento debe transitar, lineamientos éstos que sin perjuicio de su operatividad encuentran andamiaje en los arts. 72 a 82 del Reglamento Interno de la Legislatura de la ciudad, dictado el 15/2/1997, y por tal, preexistente a la fecha de celebración del presente proceso.

Para completar, dicho cuerpo normativo prevé la aplicación supletoria —para todo lo que no se halle prescripto— del Código Procesal Penal de la Nación durante la sustanciación del debate a fin de resguardar el derecho a ser oído, presentar prueba, controlar la ofrecida por la contraria y realizar los descargos pertinentes, con los alcances y límites que rigen en el enjuiciamiento político y que lo diferencian del proceso penal; conforme lo resolviera el Dr. Maier en su carácter de Presidente de la Sala Juzgadora en su primer auto de fecha 23/11/2005 y que le fuera notificado al enjuiciado (ver fs. 3/5 del expte. s/juicio político)

Por tales razones carece de sustento y aparece como poco convincente la expresión del recurrente en cuanto asevera que "...el suscripto, al momento de comenzar el proceso ante la Sala Juzgadora, desconocía las reglas procesales que iban a regir aquél" (p. 127 del recurso de inconstitucionalidad), ya que el aludido cuerpo de derecho adjetivo fue el utilizado desde los albores de las actuaciones y al que echó mano en todas y cada una de sus peticiones.

Así las cosas y habida cuenta que durante toda la sustanciación existió igualdad de armas entre las partes, ya que todos los actores del proceso se vieron sometidos al mismo régimen legal, no se advierte ni se ha demostrado la vulneración constitucional invocada.

E) Como el mismo accionante lo reconoce, los conceptos vertidos en este acápite constituyen reiteración de los agravios relacionados a lo que entiende una falta de acusación válida que fueran desarrollados y contestados en los puntos B.3, B.4 y B.5 a cuyas constancias me remito.

F) Dentro del relato fáctico ensayado por el apelante, interpreta que con la asunción de nuevos legisladores el día 10/12/2005 se habría conformado una nueva Sala de Juzgamiento integrada *ex post facto,* contraviniéndose en este sentido lo dispuesto en el art. 123 de la CCBA. Al momento de especificar agravios circunscribe los hechos descriptos bajo el amparo de la garantía de juez natural, pregonando en el caso también la aplicación analógica del art. 4º de la ley 54 que regula el procedimiento de enjuiciamiento y remoción de magistrados e integrantes del ministerio público de la Ciudad de Buenos Aires.

Conforme los términos en que fuera introducido el gravamen corresponde sin más su rechazo toda vez que, tal como lo presenta el accionante, el ordenamiento que cita resulta claramente aplicable al enjuiciamiento de ciertos magistrados judiciales cuyo régimen presenta notorias diferencias en relación al juicio político contra un Jefe de Gobierno; entre otras cosas, en lo que se refiere a la conformación e integración del órgano acusador y juzgador.

Por otra parte, como ya se apuntó, las reglas constitucionales que estipulan este último —arts. 92 a 94— establecen los pasos procedimentales a fin de su sustanciación cuyo contenido es integrado con el Reglamento Interno de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires —arts. 72 a 82—, el que asimismo prevé, una vez admitida la acusación por la Sala Juzgadora y a efectos de respetar el principio de contradicción y la garantía de defensa, la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación.

En función de ello, teniendo el instituto político regulación propia no corresponde echar mano subsidiariamente a la normativa enunciada que le es ajena.

Por lo demás y específicamente en lo que atañe a la renovación de los diputados a partir del día 10/12/2005, el principio de juez natural no se ve conculcado toda vez que la función de acusar o juzgar reside en el órgano y no en los miembros del cuerpo legislativo individualmente considerados —*ad hominem*—. Es la letra misma del art. 93 de nuestra Constitución la que dispone su separación en forma bienal en dos salas con tareas específicas para cada una de ellas y la cantidad de diputados que las integrarán respetando porcentuales de partidos políticos y alianzas; por lo que vencido el término estipulado para el desempeño del cargo asignado, el funcionario debe cesar en él automáticamente sorteándose la nómina de sus nuevos integrantes.

En este sentido, en la publicación "El Juicio Político Porteño", Walter Carnota en referencia a este planteo ha dicho que no existe tal violación "...ya que esa garantía se considera referida al 'órgano institución' y no al 'órgano persona', que bien puede cesar en el cargo por haber fenecido su mandato..."; y que "Si en el sorteo resultase seleccionado como miembro de la segunda sala alguien que ya actuó en la primera, ahí sí faltaría imparcialidad y obligaría a nuestro criterio a otra designación, ya que la 'intentio' constituyente fue separar ambas funciones" (*El Dial,* DC777).

También se sostuvo que "La posibilidad de aplicar por esta vía el art. 123 del Estatuto organizativo de la Ciudad (destinado al instituto del jurado de enjuiciamiento) sería desconocer el órgano facultado para la resolución del conflicto, que no es otro que el Poder Legislativo. Aquella previsión es específica para el caso del Jurado de Enjuiciamiento. Es una excepción a la regla general, según la cual los tribunales, tanto como los órganos políticos y administrativos, mantienen la continuidad de sus funciones con independencia de las personas que circunstancialmente los integren. Y, como toda excepción, debe interpretarse restrictivamente y no extenderse a casos no expresamente contemplados" (Marcelo López Alfonsín y Osvaldo Pérez Sanmartino, "Una perogrullada que conviene recordar: el carácter 'político' del juicio político" (*El Dial,* DC7C4); con lo que sus quejas en tal sentido no habrán de prosperar.

G) El Dr. Aníbal Ibarra denuncia la falta de imparcialidad de la Sala Juzgadora de momento que sus integrantes habrían vertido distintas manifestaciones, tanto dentro como fuera del recinto de la Legislatura, en torno a la responsabilidad del acusado con anterioridad al dictado del fallo destitutorio. Se agravia igualmente por el trámite irregular que le imprimió la Sala al pedido de recusación del diputado Gerardo Romagnoli que introdujera oportunamente, toda vez que el nombrado participó en la decisión del Organo Juzgador que resolvió rechazar la inhibición articulada.

Más allá de que la primer cuestión no fue planteada en la etapa procesal oportuna —recién la introdujo en su recurso, lo que *ab initio* obsta su viabilidad—, cabe apuntar que las diferencias explicitadas entre el sistema de enjuiciamiento político y el régimen penal, el menor apego del primero respecto al cumplimiento de aspectos formales, implican que, pese a poder vislumbrarse cierta desprolijidad en la manera de conducirse de algunos actores del proceso, los temperamentos cuestionados representaron, en definitiva, la convicción que éstos alcanzaron en el ejercicio de sus funciones durante el tiempo que demandó el desarrollo del enjuiciamiento y el que materializaron a través de su voto.

Sin perjuicio de la salvedad expuesta, resulta útil recordar que las manifestaciones de los legisladores en cumplimiento de su rol parlamen-

tario se encuentran prescriptas en el art. 78 de nuestra Carta Magna local en cuanto reza que "ningún diputado puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones, discursos o votos que emita en el ejercicio de su función, desde el día de su elección hasta la finalización de su mandato".

Desde otro ángulo y como expone el recurrente en cuanto a las presiones ejercidas por familiares de víctimas sobre algunos legisladores y testigos, es de destacar, sin hacer mérito sobre ese proceder, que actitudes como las descriptas potencialmente podrían influir como no hacerlo en la persona a quien se dirige, ya que su efecto queda inevitablemente atrapado en la esfera íntima del destinatario que recibe la ofensa resultando, de este modo, incontrastable la posibilidad de advertir si se logró torcer o no una determinada postura o toma de decisión, extremo que obsta a la actividad revisora de este Tribunal.

Por lo demás, adviértase que el Presidente del cuerpo juzgador ante disturbios producidos durante el juicio obró del modo en que el Código de rito en materia penal y el reglamento interno de la legislatura establecen, ordenando el desalojo del recinto (ver p. 155 del recurso de inconstitucionalidad.)

En lo que atañe al trámite impreso por la Sala Juzgadora a la recusación del diputado Gerardo Romagnoli impetrada por el recurrente —cuyo voto en nada influyó ya que igualmente se habría alcanzado la mayoría para el rechazo—, a diferencia de lo que ocurre en los expedientes jurisdiccionales no existe en el enjuiciamiento político un sistema de reemplazo de funcionarios como ocurre con los jueces naturales, so pretexto, en caso contrario, de afectarse las mayorías calificadas que la Constitución exige.

De este modo las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento del juicio político, en particular el art. 93, establecen como imperativo que "cada dos años y en su primera sesión, la Legislatura se divide por sorteo, en una sala acusadora integrada por el setenta y cinco por ciento de sus miembros y en una sala de juzgamiento compuesta por el veinticinco por ciento restante, respetando la proporcionalidad de los partidos o alianzas...".

Esta obligación no resulta discrecional sino que es inherente a las funciones del órgano legislativo y como tal deviene irrevocable. Deriva de ello que, salvo renuncia a su banca por parte del diputado, el funcionario debe observar esta directiva desde el momento que asume y hasta el cese del mandato.

Ilustra lo aquí expuesto el precedente de la Corte Suprema de justicia de la Nación "Del Val, Ricardo J. s/H. Cám. de Dip. provincia de San-

ta Cruz, Sala Juzgadora - Juicio Político al señor Gobernador de la Provincia de Santa Cruz inc. de apelación s/rec. de inconstitucionalidad", de fecha 3/12/1991, en cuanto sostuvo: "...admitir las múltiples recusaciones por prejuzgamiento o interés en la destitución del gobernador de quienes estaban en la línea sucesoria del poder, habría llevado a desintegrar el órgano establecido por la constitución local para efectuar el control entre los poderes, bloqueando el sistema. En efecto, no resultaba factible proveer la integración de la sala juzgadora con otros funcionarios, pues cualquier modo de reemplazo que se hubiera elegido podría haber sido cuestionado de inconstitucional ya que, al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el sistema, éste quedaría destruido..." (*Fallos*, 314:1723).

En suma no se advierte violación a norma fundamental alguna, ni tampoco, por las distinciones apuntadas, que resulten de aplicación a rajatablas en este aspecto las reglas para la recusación de magistrados judiciales previstas en el Código Procesal Penal de la Nación.

Y a propósito de esto último, ilustra sobre el particular lo señalado por el señor Presidente de la Sala Juzgadora, Dr. Julio Maier, mediante decreto del 22/12/2005 al apuntar, entre otras cosas, lo siguiente: "...se trata así de comprender la actuación de la Sala de juzgamiento con la de un jurado, en la sentencia y en las resoluciones intermedias (interlocutorias), con una ley (alude al Código Procesal Penal de la Nación) —que el mismo parlamento declaró aplicable—, pero que no fue dictada para tribunales de este tipo o integrados por jueces accidentales (no profesionales). Como dije, no le veo otra solución formal al caso que la de guiarnos por el Código Procesal Penal de la Nación, que reglamenta, precisamente, la contradicción y la defensa, y sólo modificarlo allí donde presenta incompatibilidad con las disposiciones constitucionales y ello sucede, prácticamente, en relación a las personas que integran el Tribunal, cuando él está obligado a decidir en pleno" (ver fs. 130 del expte. s/juicio político).

H) En líneas generales, con basamento en doctrina, jurisprudencia extranjera y pactos internacionales, asevera el apelante que se habría conculcado su derecho a un juicio público en tanto los legisladores integrantes de la Sala Juzgadora no habrían estado presentes en forma permanente durante la tramitación del enjuiciamiento.

En punto a ello considero debe desestimarse también el agravio ya que, a diferencia de lo que ocurre en los debates orales ante los tribunales ordinarios, las intermitencias producidas en el desarrollo del juicio político obedecen a los avatares propios de un órgano colegiado numeroso como lo es el cuerpo juzgador de la legislatura donde, además, la atribución

jurisdiccional que le es conferida por sorteo no le es exclusiva como sucede en el ámbito judicial, siendo su función primordial e indelegable la actividad parlamentaria, la que como tal no pueden suspender ante la sustanciación de un proceso político.

Entiendo así que no les es exigible a los representantes de la Sala Juzgadora la presencia ininterrumpida de todos ellos en el recinto, siempre que no se vea alterado el quórum requerido para adoptar las decisiones pertinentes, extremo este último que, por otra parte, omitiera explicitar el impugnante.

Por lo demás, dejando a salvo las distancias, resultan también aplicables las consideraciones formuladas párrafos atrás (puntos B.3, B.4 y B.5) al referirme al órgano acusador que, tal como sucede con el juzgador, constituye un cuerpo autónomo con prescindencia de los miembros que lo componen.

I) Innecesariedad de demostrar agravios: En esta materia es sabido que rige el principio de la trascendencia y por ende quien invoca un perjuicio debe acreditarlo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en tal sentido en variadas oportunidades y expresamente en el precedente "Nicosia" el voto de la mayoría sostuvo no sólo ello, sino que el interesado debía demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente que el menoscabo sufrido exhibía relevancia bastante para variar la suerte de la causa.

En el *sub iudice* el Dr. Ibarra logró articular en buena parte de su presentación una conexión suficiente entre las irregularidades alegadas y el daño que considera haber padecido en su consecuencia. Mas pese a ello, el suscripto entiende que conforme la forma en que ha de decidirse, dicho extremo deviene innecesario toda vez que, en definitiva, a mi modo de ver no hubo en la especie violaciones a los derechos fundamentales conforme fueran invocadas por el presentante, en los términos en que dichas garantías son exigibles a un órgano político que sustancia un juicio de esta naturaleza.

En efecto, con las particularidades de este tipo de proceso, el enjuiciado pudo ejercer su defensa, ofrecer prueba, controlar el material probatorio de la contraria y oponer los descargos que junto a sus letrados consideró pertinentes, los que en su gran mayoría merecieron respuesta por parte del cuerpo decisor.

Y es hasta allí donde puede extenderse la facultad de revisión en esta instancia extraordinaria, sin que ello signifique emitir opinión sobre el mérito de las motivaciones de fondo, pues éstas son de resorte exclusivo de la Legislatura como órgano político y, por ende, ajenas a nuestra competencia. Sin perjuicio de ello, el uso de facultades del legisferante no puede

ser desmedido, sino que debe someterse al contralor de los otros poderes dentro del sistema de frenos y contrapesos, y el principio de división de poderes; y en particular al examen constitucional del Organo Supremo de la Judicatura local como intérprete último de la Constitución.

Así, en el régimen norteamericano del cual nuestro país toma el modelo, en vísperas del enjuiciamiento político del presidente Nixon se consideró la posibilidad de recurrir a la revisión judicial en los casos de este tipo de procesos. Raoul Berger, uno de sus entusiastas más adeptos, propiciaba esta tesitura a fin de "proteger a las otras ramas de gobierno de la voluntad arbitraria del Congreso"; y profundizando sobre las "cuestiones políticas no justiciables" expresaba que "si bien el juicio político estaba destinado a controlar los abusos y opresiones del Ejecutivo, 'no había intención alguna de entregar ni al presidente ni al Poder Judicial a la ilimitada discrecionalidad del Congreso'" (conf. Armagnague, Juan F.: *Juicio político y jurado de enjuiciamiento*, Depalma, pp. 191/192).

Por todo lo expuesto, voto entonces por la admisibilidad parcial de la queja y el rechazo del recurso de inconstitucionalidad impetrado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Sobre el recurso de queja

1. El Sr. Aníbal Ibarra interpuso recurso de queja (fs. 1/132) contra la resolución de la Sala Juzgadora que, por mayoría, declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la decisión que dispuso su destitución como Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El recurso de queja fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, ley 402) y realiza una crítica suficiente del auto denegatorio. La defensa sostiene que se trata de una resolución carente de validez por tener un fundamento solo aparente. En especial se agravia de la violación de su derecho al recurso frente a la afirmación de la Sala Juzgadora de declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad que articulara oportunamente "toda vez que la evolución de la conducta del acusado se efectúa a la luz de criterios políticos y no jurídicos", tal la formulación contenida en los votos de los diputados/as Polimeni, Smith, Di Filippo, Majdalani, Destefano, Vitali y Rebot.

A los efectos de la admisibilidad de la queja interpuesta se trata de decidir si la cuestión traída por el recurrente es pasible de ser controlada jurisdiccionalmente.

Es oportuno recordar en primer lugar la opinión unánime del Tribunal en autos "Partido Justicialista y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (Conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 162

y ss., resolución del 14/7/1999). Los argumentos expuestos y los precedentes citados en la sentencia dictada en esos autos rebaten de manera eficiente la postura adoptada por la Legislatura al rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Dijo el Tribunal:

> "…sostener que ésta es una cuestión no justiciable supone la carga de demostrar cuáles son los términos de la norma cuya determinación queda librada por la Constitución a la libre discrecionalidad política y por ende exenta de la revisión judicial, dado que la irrevisabilidad judicial no puede ser la regla sino la excepción. Ninguno de los argumentos expuestos ha logrado demostrar este punto... La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dista de avalar la tesis de la irrevisabilidad absoluta de actos ejecutados por otro poder en ejercicio de sus funciones privativas. Su más reciente línea jurisprudencial —haciéndose eco de la evolución de la jurisprudencia de su par estadounidense— ha ampliado el control de constitucionalidad a cuestiones que la doctrina constitucional tradicional llamaba 'cuestiones políticas', amparándose en la ambigüedad de esta denominación. Así, la Corte ha avanzado en el control judicial en materias frente a las cuales había sido remisa históricamente: el juicio político, las facultades disciplinarias de las Cámaras del Congreso, el procedimiento de formación de leyes, la regulación de partidos políticos y régimen electoral, etc. (…) La reciente jurisprudencia en esta materia reafirma esta conclusión. En dos casos relacionados con el ejercicio de funciones privativas de otros poderes (el enjuiciamiento político de magistrados y la aplicación de sanciones disciplinarias a particulares por afectación de los fueros parlamentarios), la Corte Suprema sentó el principio de la revisabilidad del ejercicio de dichas funciones, en la medida en que se limite a verificar si dicho ejercicio se efectuó regularmente, es decir, en cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución. En palabras de la Corte (voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* 'Nicosia, Alberto Oscar', *Fallos,* 316:240): 'De ahí que no pueda desconocerse que los problemas vinculados con dichos capítulos [los que regulan el juicio político] podrían caer bajo el control judicial, toda vez que pertenece a éste juzgar si el ejercicio de una atribución, incluso irrevisable en su fondo, ha sido hecho dentro del ámbito y con arreglo a las formalidades que estableció

la propia Constitución, mayormente en el supuesto de la señalada irrevisibilidad.' (...) Bien puede admitirse, como se lo hizo anteriormente (consid. 15), la presencia de aspectos excepcionales que la Constitución puso al margen de la revisión judicial. El hecho de que sea la propia Corte la que —con arreglo a la ley— determine su jurisdicción y los ámbitos de lo justiciable; la que decida sin revisión posible alguna *qué es la ley* ('Marbury vs. Madison', 1 Cranch 137), no impide que la interpretación constitucional la lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno (Gunther, G.: *Cases and Material on Constitucional Law,* 9ª ed., Nueva York, 1975, p. 473). Pero, aun en ese supuesto, igualmente el Tribunal estará siempre habilitado para juzgar, no ya entonces de lo resuelto en ejercicio de la aludida atribución, mas sí de que dicho ejercicio haya sido llevado a cabo dentro de la extensión de la facultad y de acuerdo a los recaudos que le son ajenos a ésta. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que el poder ejercido no fuese, entonces, el de la Constitución... Que, corresponde subrayarlo, si la Corte declarara la invalidez de lo decidido, con base en el quebrantamiento de las formalidades que deben ceñir al enjuiciamiento político, sería indudable que no reemplazaría al Senado en su alta función de juzgar al acusado. Una decisión como la apuntada ni siquiera rozaría la esencia de este instituto, ya que no abriría juicio sobre el desempeño o la conducta del acusado. Puesto en el lugar, que, según el Tribunal, le corresponde, el pronunciamiento descalificatorio se sustentaría en el exclusivo hecho de que la atribución no habría sido ejercida de conformidad con los requerimientos a que la Constitución la condicionó para ser irrevisable; en otras palabras, que dicho ejercicio, por ausencia de alguno de sus recaudos imprescindibles, no podría ser reconocido como fruto de la atribución de que se trate. No hay, por ende, violencia a la separación de funciones o división de poderes, que la Corte reconoció, ya en 1863, como 'principio fundamental de nuestro sistema político' (*Fallos,* 1:32). Sí ejecución 'del poder político' que, en dicho sistema constitucional, 'se acuerda a los tribunales de justicia para juzgar la validez de los actos' de todos los departamentos (doctrina de *Fallos,* 33:162, de 1888). Entre el *pouvoir d'établir* y el *pouvoir d'empêcher* hay una diferencia que no debe ser olvidada. Sólo

> un punto de vista por demás estrecho podría soslayar que 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 supremo de aquélla' (voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Nicosia, Alberto Oscar", *Fallos*, 316:240, considerandos 17 y 18)".

Al respecto es dable destacar que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado a favor del control judicial de los juicios políticos a fin de velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso. Así en el caso "Aguirre Roca y otros c/Perú" la Corte Interamericana sostuvo que:

> "el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención... Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8º de la Convención Americana... En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete... [L]os actos del proceso de destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional seguido ante el Congreso, que se hallan sometidos a normas legales que deben ser puntualmente observadas, pueden, por eso mismo, ser objeto de

una acción o recurso judiciales en lo que concierne al debido proceso legal. Este control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo" (considerandos 68, 71, 77 y 94).

En efecto, sin una instancia efectiva de apelación judicial a la que recurrir ante cualquier presunta violación de las garantías del debido proceso, dichas garantías serían ilusorias. Por tales razones estimo que la queja es procedente.

Sobre el recurso de inconstitucionalidad

2. Corresponde ahora considerar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402). El mismo fue interpuesto contra una sentencia definitiva y plantea los siguientes agravios constitucionales:

a) violación del debido proceso,
b) arbitrariedad de sentencia por haber omitido examinar y resolver cuestiones oportunamente planteadas,
c) arbitrariedad de sentencia por estar conformada por votos carentes de fundamentación,
d) violación de la garantía de legalidad,
e) violación al derecho a una acusación,
f) violación de la garantía del juez natural,
g) violación de la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial,
h) violación del derecho a un juicio público.

3. Comenzaré por el análisis del agravio consignado bajo la letra e), el cual fuera planteado en el juicio como cuestión preliminar, dado que de asistir razón a la defensa el tratamiento de los restantes planteos defensivos será innecesario.

El presente juicio se sustanció bajo el régimen del CPPN según lo dispuesto por el señor Presidente de la Sala de Juzgamiento de conformidad con el art. 82 del Reglamento Interno de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el cual establece que "en todo lo no previsto se aplica supletoriamente el Código de Procedimiento Penal vigente en la Ciudad de Buenos Aires", resolución que quedó firme.

Con fecha 28/11/2005 el Dr. Julio B. J. Maier ordenó la notificación a las partes de la citación a juicio; a tal fin dispuso la remisión al Sr. Ibarra, de "una copia de los dos dictámenes acusatorios (fs. 2771/2958 y fs. 3083/3169 del expte. nº 2021/D/05 de la Sala Acusadora) y de la versión taquigráfica de la sesión de la Sala Acusadora del 14/11/2005 (fs. 3174/3216, *ejusdem*)".

El recurrente se agravia porque entiende que el art. 94 de la CCBA requiere que la acusación cuente con el voto favorable de los 2/3 de los

miembros de la Sala Acusadora, mayoría con la que no contaría ninguno de los dos dictámenes sometidos a votación, a pesar de que ambos hagan referencia a la calificación jurídica de "mal desempeño". La circunstancia fáctica a que hace referencia la recurrente queda corroborada por las constancias de la causa. La lectura de las actuaciones cumplidas en la Sala Acusadora revela que no obra en el expediente ningún documento que acredite la cantidad de votos que obtuvo cada uno de los cargos detallados en los dictámenes sometidos a votación.

Dicha violación del debido proceso afectaría su derecho a una legítima defensa en virtud de no existir certeza respecto de los hechos que se le imputan ya que uno de los dictámenes contiene cuatro cargos y el otro doce. En palabras del recurrente, "uno de los requisitos ineludibles que debe contener una acusación válida es la descripción de los hechos imputados. Tal descripción, exigida por el art. 347 último párrafo del CPP, como *una relación clara, precisa y circunstanciada de los* hechos, es la que brinda la plataforma fáctica sobre la que habrá de sostenerse el proceso de juzgamiento y permite que la persona acusada pueda defenderse" (p. 51 RI).

El juicio político al Sr. Ibarra estuvo sometido a las disposiciones del CPPN. Y ello en virtud de lo prescripto por el art. 82 del Reglamento Interno de la Legislatura ya citado.

La propia Legislatura, que en el uso de sus facultades eligió ordenar el juicio político de conformidad con el procedimiento penal, ha fijado el criterio hermenéutico con el que debe evaluarse si asiste razón al apelante, es decir si han sido violadas las garantías que rigen el debido proceso penal. Este último extremo es indiscutible porque fue el órgano constitucionalmente habilitado al efecto, quien decidió revestir al juicio político del más amplio y riguroso régimen de garantías, y ese es en consecuencia el parámetro normativo que tanto la Sala Juzgadora como los jueces encargados de velar por el cumplimiento del debido proceso tienen la obligación legal de aplicar.

Aquí nuevamente es pertinente volver sobre el voto de la mayoría de la CSJN en la causa "Nicosia" (*Fallos,* 316:2940) ya citada, en cuyo considerando 20) obra el resumen de las directrices que deben guiar el examen de casos que, como el presente, refieran a aspectos del procedimiento vinculados con el derecho de defensa:

> "...[e]n primer lugar, la relativa a que la Constitución ha conferido al procedimiento del juicio político una naturaleza que no debe, necesariamente, guardar apego estricto a las formas que rodean al trámite y decisión de las controversias ante

> el Poder Judicial, pero que, igualmente, debe observar requisitos que hacen a la esencia y validez de todo 'juicio', en el caso: el de 'defensa', inexcusablemente 'inviolable'. En segundo lugar, *cuadra también reconocer que la Ley Fundamental ha dado a quienes conocen en ese juicio, facultades suficientes para reglarlo y conducirlo en forma acorde con su especificidad, aunque en concierto con la esencia del derecho y garantía aludidos.* Finalmente, se infiere que si bien la Constitución no ha excluido que, en esos terrenos, los jueces puedan tener un determinado grado de autoridad con motivo de un 'caso', su intervención debe ser, amén de excepcional, adecuada a las particularidades del enjuiciamiento político" (p. 2971, el destacado no obra en el original).

Estimo que el presente caso guarda estrecha relación con lo que sostuve junto con el juez Maier, en autos "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC - apelación'", expte. nº 2212, resolución del 11/6/2003, oportunidad en la que sostuvimos:

> "existe un verdadero caso constitucional en el segundo motivo de impugnación, relativo a garantizar una correcta defensa del imputado mediante —también— una correcta intimación de la imputación que a él se le dirige, previa al debate... la defensora reclama, para habilitar una defensa eficaz, que se le exprese no tan sólo un concepto abstracto abierto ... sino, antes bien, *la conducta concreta que se reputa imprudente y es capaz para producir un daño. Uno puede imaginar aquello que seguramente imaginó el acusador al requerir el juicio..., pero la regla constitucional que prevé la necesidad de una defensa eficaz no tolera que ella dependa de la imaginación del defensor"* (el destacado no obra en el original).

4. De cara al efectivo cumplimiento del derecho de defensa en juicio no es suficiente con la imputación de una calificación legal sino que es requisito indispensable que se definan de manera acabada los supuestos hechos que por acción u omisión dan sustento a la calificación. Dicho en otros términos, la acusación para perfeccionarse como acto válido debe contener además de la calificación legal del hecho, el detalle preciso y circunstanciado de las conductas que en concreto se le atribuyen al imputado puesto que "el tribunal no puede actuar jamás de oficio, incluso tampoco cuando un hecho punible (p. ej., un perjurio o un homicidio) se comete

en la audiencia, ante los ojos del tribunal ... Rige el axioma: 'donde no hay acusador no hay juez'" (conf. Roxin, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 86).

En la presente causa no existe ningún acto de la Sala Acusadora en el que se detallen los cargos u hechos concretos que a juicio de la mayoría de los dos tercios de sus miembros (art. 81, Reglamento Interno de la Legislatura), fundan la acusación. Tal circunstancia configura una violación de los derechos consagrados en el art. 18 de la C.N. por soslayar que "la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable" (conf. CSJN *in re* Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación", S. 1009. XXXII).

Al respecto, A. Vélez Mariconde señala que "así como el demandado en juicio civil no se podría defender si no existiera esa concreta y clara manifestación de voluntad que debe estar contenida en la demanda, el imputado no se podría defender si el juicio penal no reposara en una acusación formal que describa el hecho delictuoso que se le atribuye. Nadie puede defenderse debidamente de algo que ignora". De allí se sigue la necesidad de que la acusación cuente con una relación circunstanciada del hecho o "acontecimiento histórico que el acusador afirma cometido, la conducta humana que estima violatoria de la ley penal. Se requiere una descripción *detallada* —que exprese las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que tal conducta se exteriorizó— *precisa y clara*, de modo que no pueda provocar una confusión acerca de la pretensión que se hace valer; y cuando se refiere a varios hechos, debe ser también *específica*: cada uno de ellos debe ser tratado separadamente. Para la correcta valoración de este requisito ha de atenderse a la dicción material del requerimiento, con criterio objetivo, sin que pueda influir de modo alguno la posibilidad de que el imputado conozca por otros medios el hecho que se le atribuye, [también], es preciso que la acusación exprese la *calificación legal* del hecho imputado, esto es, que el actor penal lo defina o valore jurídicamente, indicando las disposiciones legales que considera aplicables. Calificar o definir el hecho descrito significa determinar la relación existente entre la *concreta hipótesis de hecho* del actor con la *abstracta y genérica hipótesis legal* de la norma jurídica que él estima aplicable, afirmando que la primera contiene los elementos sustanciales previstos por la segunda; con otros términos, subsumir la supuesta realidad en un tipo penal determinado... Finalmente, y este requisito se refiere a los anteriores, el M. Público debe *exponer sucintamente los motivos o fundamentos de hecho y de derecho* que lo determinan a formular la acusación" (conf. *Derecho procesal penal*, t. II, 2ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, pp. 216, 218 y 219).

Como consecuencia, "el defecto de la acusación —que no fue propuesta conforme esta regla— conduce a la ineficacia del acto, pues lesiona el derecho del imputado a una defensa eficiente, garantizado constitucionalmente; precisamente por ello, la ineficacia es absoluta, en el sentido de que una acusación defectuosa, desde el punto de vista indicado, no puede ser presupuesto válido del juicio y la sentencia, a su vez defectuosos, cuando siguen a una acusación ineficaz... Como se trata de hacer conocer la imputación, el acto por el cual se la intima debe reunir las mismas calidades que advirtiéramos para aquélla; debe consistir, así, en la noticia *íntegra, clara, precisa y circunstanciada* del *hecho concreto* que se atribuya al imputado. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del *nomen iuris* del hecho punible imputado" (Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal: fundamentos,* 2ª ed., 3ª reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 559/560).

Claro que "asusta a qué consecuencias se llegaría en el caso de que realmente hubiera una instigación, y ésta no pudiese ser penada por falta de identificacion del hecho, en forma *clara, precisa, circunstanciada, específica*, tal como exige la ley. Pero este es el problema eterno del derecho penal o del derecho *procesal* penal: la tensión, siempre presente, entre la pretensión de que sea condenado el sujeto culpable y la de que no lo sea un sujeto inocente. Prácticamente todos los principios que conocemos en el derecho penal y en el procesal penal están orientados a garantizar que todo inocente quede impune y, además, que todo sujeto (culpable o inocente) sea tratado con respeto a su dignidad humana. Todas las exigencias procesales, especialmente las de carácter fundamental (debido proceso, falta de obligación de declarar en causa propia, proscripción de las pruebas obtenidas ilícitamente, etc.), son garantías para que la pena estatal sólo actúe cuando están claramente dadas las circunstancias que fundamentan la punición, y cuando, además, el Estado ha llegado a una convicción de culpabilidad por una vía procesalmente legítima... Uno podría llegar a la conclusión de que el estándar de exigir una acusación *específica* supone 'demasiado', es decir, que resulta demasiado exigente. Y se podría encarar la cuestión de si no habría una forma de simplificar los requisitos de la acusación, sin que se genere aún el riesgo de indefensión del acusado. Pero lo cierto es que es *ése* el estándar legalmente vigente... [de allí se sigue que] aun en caso de completa seguridad de que 'tiene que haberse cometido' una cierta clase de delito identificado sólo en su forma jurídica abstracta (aborto, hurto, etc.), no se puede proceder contra el acusado, sino está determinado *el hecho* en sí calificable como tal" (conf. Sancineti, M.: *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pp. 47, 48 y 59).

En síntesis, la falta de un acto válido que precise de manera clara los cargos que configuran la causal de mal desempeño por parte del Sr. Ibarra determina la nulidad del proceso incoado contra él.

5. La Comisión Investigadora, prevista por el art. 94 de la CCBA y el art. 81 Reglamento Interno de la Legislatura, hizo suyas las conclusiones del dictamen de la Comisión Investigadora específica creada por resol. 624/04 (ver fs. 200/202).

La Comisión Investigadora de la Sala Acusadora en su informe de fs. 2772 y ss., afirmó que el juicio político es un procedimiento constitucional tendiente a evaluar la responsabilidad política de un funcionario, a través del cual se juzga "... en base a cargos o hechos, en relación con la actuación de los acusados y al mantenimiento de las condiciones de idoneidad para el ejercicio del cargo" y cuya finalidad principal es "... la tutela de los bienes públicos, en particular el buen funcionamiento de las instituciones de gobierno".

La Comisión distingue la valoración de la responsabilidad política de la responsabilidad penal a la que caracteriza como "orientada a analizar si determinada conducta, por encuadrar en un tipo penal clara y previamente definido merece o no la imposición de una pena..." (fs. 2773).

Considera también que el procedimiento de juicio político no es un proceso judicial "…si bien debe guardar y respetar un debido proceso conforme las garantías constitucionales es claro que dicho proceso no tiene la estrictez formal (...) que el proceso llevado ante los tribunales del poder judicial. (...) por último es importante destacar que conforme lo normado por el art. 94 de la Constitución es en la Sala de Juzgamiento donde debe respetarse en plenitud el principio de contradicción y defensa... el juicio político no es un juicio penal y tampoco un juicio civil, es un proceso de remoción que debe llevarse con sujeción a las normas del debido proceso legal, es decir, respetándose el derecho de defensa del funcionario".

Agrega que "el mal desempeño es un concepto elástico, una figura abierta y amplia, una causal indeterminada, que debe guiar la función tanto de la Sala Acusadora como la Sala de Juzgamiento —corresponde solo a la Legislatura determinar su configuración... (fs. 2774). La de mal desempeño aparece como una causal que se perfila abierta al libre juicio del órgano legislativo, en situación que por analogía con ciertas leyes penales inducen a afirmar que estamos en presencia de una norma constitucional en blanco, desde que la ley fundamental estatuye el motivo del enjuiciamiento pero no define cuales y cuantos son los contenidos valiosos que lo integran. Esa apertura causal y su consiguiente imprecisión importan decir que la Legislatura no está obligada a sujetarse al patrón de una norma que en forma previa diga que esto es mal desempeño y que aquello otro no

lo es. Mal desempeño será entonces lo que a su tiempo juzgue la Legislatura (o sus Salas Acusadora y Juzgadora)".

Por último, en la evaluación del mal desempeño la Comisión analiza tanto la juridicidad como la oportunidad, mérito o conveniencia de la conducta del funcionario investigado, un elemento distintivo más que a su entender permite diferenciar al juicio político del proceso judicial (fs. 2775).

En el dictamen de los Diputados Fernando Melillo y Ariel Schifrin (fs. 3092) se lee que el pedido de remoción o destitución debe ser fundado y contener una clara enunciación de los hechos que ameritan la apertura de la investigación. Con apoyo expreso en la doctrina de la Corte dice que "es nuestro criterio que no debe confundirse la enunciación de los hechos con el encuadre o calificación asignado a la conducta motivadora de la destitución... ello hace al debido proceso y a la efectiva posibilidad del ejercicio del derecho de defensa que el imputado o investigado puedan conocer concretamente las acciones u omisiones que son motivo de reproche. El pedido debe contener entonces una descripción de los hechos, las acciones u omisiones, la conducta que pudiera reprocharse al investigado. La calificación de dicha conducta la realizarán los organismos competentes. Recordemos que eso es así incluso en el marco de un proceso penal judicial, donde lo importante es que los hechos sobre los cuales se preguntó en la indagatoria y se acusó sean los mismos a aquellos por los cuales se dictó sentencia, admitiéndose que la calificación sea modificada en la misma o diferentes instancias. Por nuestra parte ya nos hemos pronunciado en este sentido en anteriores precedentes" (fs. 3092).

El dictamen distingue entre el voto de censura y el juicio político. En el primero se evalúan las responsabilidades políticas genéricas mientras que en el segundo se trata de la responsabilidad política por mal desempeño. En relación con el juicio político se aclara que "...el mecanismo del juicio político *cuya naturaleza en parte judicial impone la obligación de establecer las conductas que constituirían mal desempeño y probar su existencia, así como establecer la relación de causalidad entre la conducta del funcionario y un perjuicio al Estado (ya que es un juicio de responsabilidad). En ese proceso debe respetarse en derecho de defensa* (y la contradicción) en el caso de la sala Juzgadora" (fs. 3104, el destacado es mío), y a fs. 3111, una vez enunciados los doce cargos que, en este dictamen, se le imputan al Sr. Ibarra concluye que "*el tipo mal desempeño no es un tipo en blanco sino abierto,* no es pasible de ser completado por cualquier tipo de conducta de acción o inacción de la Administración" (el destacado es mío).

La síntesis precedente es adecuada para demostrar que, por una parte, la caracterización de la acusación no guarda coherencia con los términos en que quedara formulada. Por la otra, revela el desapego a las normas que definen las condiciones que debieron quedar satisfechas al concluir la tarea de la Sala Acusadora, cuestión que como ya fuera advertido resta validez al proceso y consecuentemente a la sentencia dictada.

Para fundar mi opinión, me remito en este punto a las consideraciones de los ministros doctores Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué en el voto conjunto en disidencia *in re* "Magín Suárez, Luis", CSJN, *Fallos*, 310: 2845.

Los jueces mencionados recordando a Bielsa destacan que en el juicio político su carácter de tal, no autoriza "a prescindir de las garantías propias de todo proceso en que hay acusación y fallo que puede implicar grave sanción".

En especial en cuanto al debido proceso "no cabe admitir que en el juicio político las exigencias de la citada garantía sean 'mucho más laxas' (voto de la mayoría, considerando 20), toda vez que admitida la aplicabilidad del art. 18 de la C.N. al caso, la citada disposición debe emplearse en autos con el mismo rigor garantista y con las mismas pautas elaboradas por esta Corte en una larga serie de decisiones" (considerando 1º de la disidencia).

Los ministros Petracchi y Baqué subrayan la necesidad de que sean observadas las formas sustanciales relativas a la acusación, a la defensa, prueba y sentencia, y que "debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece" (considerando 8º de la disidencia), lo que a contrario significa que el Tribunal puede remontarse hasta la acusación a fin de comprobar si la misma fue formulada en estricto cumplimiento de la ley aplicable, y si constatara que no fue así está habilitado a resolver su invalidez. Y ello porque la admisión de la denuncia que deja expedita la acción contra el recurrente "constituyó un manifestación de la actividad persecutoria estatal, equiparable en el caso al ejercicio de la acción penal" (considerando 11).

Es indudable la pertinencia de las citas precedentes en la causa seguida contra el Sr. Ibarra, toda vez que —como ya fue indicado en el apartado 1 de mi voto— la Legislatura estaba obligada a aplicar las reglas del CPPN, desde el momento mismo en que puso en marcha el procedimiento de juicio político, lo que en lo sustancial aproxima este juicio político a un juicio penal.

Entonces, reitero, es contradictoria la postura de la Sala Acusadora cuando, al menos en uno de los dictámenes —y no puede irse mucho más

allá dadas las peculiaridades de la conformación de la mayoría y la ausencia de toda resolución que específicamente dé cuenta de la culminación de su labor, a estar a las constancias del expte— dice que no es lo mismo un voto de censura que el enjuiciamiento político por entender que la finalidad principal de este último es "en particular el buen funcionamiento de las instituciones de gobierno" pero simultáneamente soslaya que el respeto a la Constitución y al plexo formativo aplicable son las únicas vías para asegurar dicha finalidad y la vigencia de las garantías de las que goza cualquier imputado, cualquiera sea el órgano que ejerza una función de juzgar.

La vaguedad semántica que la Sala Acusadora asigna a la causal de mal desempeño no debería ser asimilada en un estado de derecho, a un tipo penal en blanco, categoría que sería inconstitucional, incluso en un juicio político. Aun si se considerara que la expresión "mal desempeño" podría abarcar sentidos diversos, el carácter de juicio del que constitucionalmente (C.N. y, CCBA) goza el juicio político está, en el caso, sometido a las restricciones que el CCPN determina y es deber de la Sala Acusadora proveer de un contenido unívoco (sean uno o varios hechos los imputados) a la calificación legal mencionada y asegurar que la definición reúne la mayoría de votos exigida por el art. 94 de la CCBA.

En cierta medida la complejidad que señalo fue advertida aunque no satisfecha por la Sala Acusadora. Hay una estrecha relación, a mi entender, entre la manera en que se evaluó la naturaleza del juicio político, la defectuosa construcción de la acusación y la convicción de la Sala de Juzgamiento de que su decisión no es susceptible de revisión por este Tribunal.

La caracterización de un juicio como político no supone que el órgano encargado de llevar adelante cada una de sus etapas pueda obrar al margen de la Constitución, de los tratados y convenciones internacionales, y de las reglas que ese mismo órgano escogiera como marco procesal. En fin, un juicio político no es un mecanismo arbitrario ni se agota simplemente en la expresión del estado de opinión de un cuerpo parlamentario en un lugar y momento determinados. Al contrario, como todo acto estatal está sometido a la ley material y procedimental, y la violación de cualquiera de estas dimensiones normativas acarrea la nulidad del acto.

6. Voto en consecuencia por hacer lugar al recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y declarar nula por ausencia de acusación la decisión de la Sala de Juzgamiento de la Legislatura.

Por ello, por mayoría, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar parcialmente la queja* y, por los agravios en que ha sido habilitada limitadamente esta instancia, *rechazar el recurso de inconstitucionalidad* interpuesto por el ex Jefe de Gobierno, Dr. Aníbal Ibarra.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al recurrente, a la Legislatura y al Ministerio Público Fiscal y oportunamente se archive.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXI

"GIGACABLE S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Prueba documental. Prueba informativa. Designación de perito ingeniero especializado en telecomunicaciones y radiodifusión.

Expte. nº 4627/06 - 7/3/2007

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Conforme a la manifestación de las partes en la audiencia de fs. 181, y a lo deliberado por el tribunal en el acuerdo pasado, considero que corresponde:

1. Tener presente la documental acompañada por ambas partes y por cumplida la informativa ofrecida por la actora bajo ese rubro, conforme al acuerdo establecido por ambas partes en la audiencia, en el que se consideró satisfactorios y suficientes a los documentos ya agregados, para decidir el procedimiento.

2. Hacer lugar a la peritación de un ingeniero especializado en telecomunicaciones y radiodifusión ofrecida por la actora, según el acuerdo al que arribaron las partes en la audiencia de fs. 181, cuyo contenido consta como anexo al acta de esa audiencia y fija los puntos de peritación que deberá evacuar el dictamen.

A este fin, el señor juez de trámite librará oficio al Consejo de la Magistratura de la Ciudad, para que remita la lista de peritos ingenieros especializados en telecomunicaciones y radiodifusión y, una vez en posesión de esta información, la Secretaría de Asuntos Originarios procederá a sortear, en audiencia pública, el perito —un titular y un suplente— único que designará el Tribunal para cumplir con la peritación ordenada.

El perito deberá cumplir su misión en un plazo de treinta días corridos a partir de la aceptación del cargo, acto que llevará a cabo ante el Secretario a cargo de la Secretaría de Asuntos originarios. Regirá su dictamen el art. 379 del CCAyT, sin perjuicio de su comparecencia posterior a la audiencia pública si el Tribunal o las partes desearan interrogarlo. Se le hará saber al perito que resulte designado que deberá permitir el control de las operaciones de la peritación por el Ingeniero Horacio Marzorati, a quien corresponder tener por nombrado en carácter de consultor técnico de la demandada.

3. Disponer que las resoluciones operativas que demande el cumplimiento de la peritación quedarán a cargo del señor juez de trámite.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto que antecede; en particular, en cuanto ordena la prueba pericial en los términos que allí se expresan, sin que ello importe abrir juicio sobre la atingencia de misma.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Me adhiero al voto del juez Julio B. J. Maier.

Las juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. Nos adherimos al punto 1º del voto del juez Julio B. J. Maier.

2. Según los términos en que quedara planteada la acción de inconstitucionalidad consideramos innecesaria la producción de la prueba pericial propuesta por la actora y por el GCBA.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Te*ner presente* la documental acompañada por ambas partes y por cumplida la informativa ofrecida por la actora bajo ese rubro, conforme al acuerdo establecido por ambas partes en la audiencia, en el que se consideró satisfactorios y suficientes a los documentos ya agregados, para decidir el procedimiento.

2º. *Hacer lugar* a la peritación de un ingeniero especializado en telecomunicaciones y radiodifusión ofrecida por la actora, según el acuerdo

al que arribaron las partes en la audiencia de fs. 181, cuyo contenido consta como anexo al acta de esa audiencia y fija los puntos de peritación que deberá evacuar el dictamen.

A este fin, el señor juez de trámite librará oficio al Consejo de la Magistratura de la Ciudad, para que remita la lista de peritos ingenieros especializados en telecomunicaciones y radiodifusión.

Una vez en posesión de esta información, la Secretaría de Asuntos Originarios procederá a sortear, en audiencia pública, el perito —un titular y un suplente— único que designará el Tribunal para cumplir con la peritación ordenada.

El perito cumplirá su misión en un plazo de treinta días corridos a partir de la aceptación del cargo, acto que llevará a cabo ante el Secretario a cargo de la Secretaría de Asuntos originarios. Rige su dictamen el art. 379 del CCAyT, sin perjuicio de su comparecencia posterior a la audiencia pública si el Tribunal o las partes desearan interrogarlo. Se le hará saber al perito que resulte designado que deberá permitir el control de las operaciones de la peritación por el Ingeniero Horacio Marzorati, a quien se tiene por nombrado en carácter de consultor técnico de la demandada.

Las resoluciones operativas que demande el cumplimiento de la peritación quedarán a cargo del señor juez de trámite.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXII

"MACCARONE, NICOLÁS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Suspensión del trámite de permisos de obra nueva a ampliación para determinadas construcciones de viviendas en ciertas zonas de la Ciudad de Buenos Aires. Norma de alcance general no vigente. Efectos jurídicos posteriores a la expiración del plazo de vigencia de la norma.

Expte. nº 5011/06 - 7/3/2007

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Nicolás Maccarone, con fecha 6/6/2006, por su propio derecho, interpone "la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA", a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad del dec. 1929/06 dictado por el señor Jefe de Gobierno (fs. 2/14 vta.).

A tenor del contenido de la norma objetada, el accionante considera que el Poder Ejecutivo con su dictado se ha excedido en su competencia e invadido la del legislador, con menoscabo del art. 103 de la CCBA (fs. 2 vta. y 10 vta.). Al mismo tiempo, expresa que el dec. 1929/06 vulnera el ejercicio regular del derecho de propiedad y el de ejercer industria lícita —art. 14, C.N. y arts. 10 y 12, inc. 5º, CCBA—, con afectación del principio de legalidad —art. 19, C.N. y 13.3, CCBA— (fs. 5 vta./6).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. La norma objeto de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad es un decreto del Poder Ejecutivo local (nº 1929/06) que consta de cuatro artículos, en los cuales se dispuso:

> *"Artículo 1º* — Suspéndese, por el término de noventa días a partir de la publicación del presente, el trámite de los permisos de obra nueva o ampliación que se inicien ante la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, *dependiente* de la Subsecretaría de Control Comunal del Ministerio de Gobierno, con relación a parcelas en las cuales se proyectan viviendas de tipo multifamiliar o colectivas cuando su altura supere la correspondiente a un distrito de baja densidad (13,5 metros sobre la rasante), pertenecientes a los distritos R2a, E3 y C3 del Código de Planeamiento Urbano en los barrios de Villa Urquiza, Coghlan, Núñez, Palermo, Villa Pueyrredón y Caballito definidos por ordenanza 26.607, conforme a las planchetas de zonificación acompañadas como Anexo y que son parte integrante del presente decreto.
>
> "*Art. 2º* — La suspensión dispuesta en el artículo precedente no impide el inicio de los trámites tendientes a la obtención de los permisos de obra o ampliación para todo uso, destino y lugar de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con

la normativa vigente, siendo la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro el área encargada de verificar aquellos trámites alcanzados por la medida adoptada.

"*Art. 3º* — El presente es refrendado por los señores Ministros de Gobierno, de Medio Ambiente y de Planeamiento y Obras Públicas.

"*Art. 4º* — Dése al Registro, publíquese en el *Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires,* comuníquese a los Ministerios de Gobierno, de Medio Ambiente y de Planeamiento y Obras Públicas y, para su conocimiento y demás efectos, remítanse a la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro."

3. La norma de alcance general cuestionada fue publicada en el *Boletín Oficial de la Ciudad* nº 2565 del día 14/11/2006, fecha a partir de la cual entró en vigencia (conf. art 1º del propio decreto).

En consecuencia, en la actualidad, al haber transcurrido los noventa días durante los cuales el decreto estuvo vigente (conf. art. 1º) y suspendió ciertos trámites administrativos establecidos para poder llevar adelante determinadas construcciones en zonas puntuales de la Ciudad, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad no es formalmente admisible.

Ya en la causa "Ortiz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 32/99, sentencia del 4/6/99 —en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 76 y ss.—, sostuve que el Tribunal resulta incompetente para conocer en forma originaria y exclusiva en las acciones declarativas propuestas contra la validez constitucional de normas de alcance general derogadas —en aquel precedente, una ordenanza—. El mismo razonamiento corresponde aplicar en el presente caso, cuando la norma se ha extinguido por la simple expiración del plazo establecido para su vigencia transitoria.

La circunstancia de que la norma luego de derogada o vencida su vigencia por expiración del plazo llamado a regir continúe produciendo efectos jurídicos —se aplique—, por sí sola, no necesariamente conlleva a reconocerle aptitud para ser enjuiciada *en abstracto* en un proceso establecido, según nuestro plexo normativo, para culminar —de ser estimada la pretensión— *con la pérdida de vigencia de la norma cuestionada* (arts. 113, inc. 2º, CCBA y 24, ley 402), con efectos *erga omnes y ex nunc*, es decir, dejando subsistentes los efectos ocurridos en el período que transcurre desde la creación de la norma hasta su cesación por la sentencia,

más allá de que los mismos puedan ser revisados y/o anulados mediante el control difuso de constitucionalidad y a través de concretas sentencias de condena en los casos singulares (conf. mi voto *in re*: "*Ortiz Basualdo*", ya citada y, más cercanas en el tiempo, "Valdés, Eduardo Félix c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1542/02, sentencia del 12/2/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 33 y ss. y "Natacha S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2309/03, sentencia del 18/6/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 392 y ss.).

4. A todo evento corresponde agregar que, con fecha 16/2/2007, se ha publicado en el *Boletín Oficial de la Ciudad* nº 2628 un decreto del Poder Ejecutivo local (dictado el día 9/2/2007) que dispuso, entre otras medidas, la expresa derogación de la norma objeto de tacha en esta acción declarativa de inconstitucionalidad (conf. art. 1º, dec. 220/07).

Así las cosas, si el dec. 1929/06 ha sido expresamente derogado por el Poder Ejecutivo, ello también conduce a decidir la improcedencia formal del planteo, por las mismas razones vertidas en el punto 3 precedente —párrafos tercero y cuarto—.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar inadmisible la acción planteada por el señor Nicolás Maccarone.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

Nos adherimos al voto del señor juez de trámite.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El actor —legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402— interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el dec. 1929/06.

Si bien se trata de norma de alcance general emanada de autoridades locales (art. 113, inc. 2º, CCBA y en el art. 17, LPTSJ), la acción no es admisible.

El art. 1º de la norma impugnada suspendió "por el término de noventa días a partir de la publicación del presente, el trámite de los permisos de obra nueva o ampliación que se inicien ante la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal del Ministerio de Gobierno, con relación a parcelas en las cuales se proyectan viviendas de tipo multifamiliar o colectivas cuando su altura supere la correspondiente a un distrito de baja densidad (13,5 metros sobre la rasante), pertenecientes a los distritos R2a, E3 y C3 del

Código de Planeamiento Urbano en los barrios de Villa Urquiza, Coghlan, Núñez, Palermo, Villa Pueyrredón y Caballito definidos por ordenanza 26.607 conforme a las planchetas de zonificación acompañadas como Anexo y que son parte integrante del presente decreto".

La publicación de la norma en el B. O. se produjo el día 14/11/2006 por lo que a la fecha se ha cumplido el plazo de suspensión por 90 días que fuera establecido en el citado art. *1*. Si bien entiendo que la mera derogación de una norma impugnada no siempre determina el rechazo de la acción prevista en el art. 17 de la ley 402 —tal como lo señale al emitir mi voto en el precedente "Ortiz Basualdo"— no es eso lo que ocurre en los presentes autos, en el que se discute una norma cuyo propósito era establecer una suspensión temporal ya vencida. Voto en consecuencia por la inadmisibilidad de la demanda.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

La vigencia del decreto del Ejecutivo local 220/07, disposición que derogó en forma expresa la norma cuestionada en esta demanda, torna abstracta la decisión del planteo que constituye su objeto (conf. el voto conjunto de los Dres. Ruiz, Conde, Casás y mío propio en "Valdés, Eduardo Félix c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1542/02, resolución del 12/2/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, p. 35).

A todo evento agrego que el hecho de la derogación de una norma impugnada puede ser insuficiente para fundar el rechazo de la acción prevista en el art. 17 de la ley 402.

Como lo expresé en una causa reciente, "[t]al situación se observa, por ejemplo, en el caso 'Ortiz Basualdo', en el cual quedó expuesta la discusión del Tribunal —en su integración originaria— al respecto ["Ortiz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 32/99 SAO y los autos acumulados "Murphy, Diana María c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 33/99 SAO y "López Alconada (h), José M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 34/99 SAO, resolución del 4/6/1999]" ("Asociación Civil Comisión de Vecinos de Flores c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4983/06, resolución del 28/2/2006).

Pero éste no es el caso discutido, pues el decreto que impugna el actor y al que se refiere el señor juez de trámite sólo tenía una vigencia meramente temporaria, ya vencida. Ello además de que la norma impugnada no parece revestir el carácter de normal general, exigido por la ley de esta acción.

Por lo expuesto, considero que la acción de inconstitucionalidad planteada resulta inadmisible.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 2/14 por el señor Nicolás Maccarone contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXIII

"VOLKSWAGEN S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VOLKSWAGEN S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS C/GCBA S/RECURSO APEL. JUD. C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Requisitos. Sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa. Actividad de intermediación financiera. Principio de la realidad económica. Cuestión federal. Creación de un hecho imponible mediante resolución de la Dirección General de Rentas con efectos retroactivos. Requisito de ley formal previa. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Derecho de propiedad. Efectos cancelatorios del pago de la obligación tributaria. Derecho de defensa en juicio. Exceso ritual manifiesto. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho, prueba y de derecho infraconstitucional.

Expte. nº 4723/06 - 7/3/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados (en adelante: Volkswagen) planteó (fs. 117/137 vta.) el recurso extraordinario federal

contra la sentencia del Tribunal (fs. 96/112), que hizo lugar parcialmente al recurso de queja y rechazó —en cuanto fue admitido— el recurso de inconstitucionalidad que ella dedujo contra la sentencia de Cámara.

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contestó el recurso y solicitó su rechazo con imposición de costas (fs. 142/168 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente. Además se dirige contra la sentencia definitiva dictada por este Tribunal, como superior tribunal de la causa en la jurisdicción local, y no existe en la legislación procesal de la Ciudad otro recurso contra la sentencia recurrida.

2. Los problemas centrales que se discutieron en el recurso de inconstitucionalidad, cuyo rechazo motiva este nuevo planteo, fueron los siguientes: *a)* la naturaleza y aplicación en el tiempo de la resol. 1201/97; *b)* el doble cuestionamiento, por parte de Volkswagen, de la calificación de su actividad como "de intermediación" y "financiera"; *c)* la interpretación por la Cámara del principio de la realidad económica y su aplicación al caso; *d)* la omisión en que habría incurrido la Alzada en la ponderación de la prueba informativa y pericial producida; y *e)* si el actor expresó agravios relativos a la multa impuesta.

3. La parte recurrente, al resumir su planteo, expresa que la causa plantea un caso federal "por cuanto la sentencia en recurso ha convalidado una norma local la resol. 1201/97, que ha creado un hecho imponible sin ley previa y su aplicación retroactiva que contradice y repugna el principio de legalidad en materia tributaria contenido en los arts. 4º, 16, 75 y el derecho de propiedad protegido por el art. 17 de la C.N. Por lo demás, según alega la recurrente, la sentencia agravia la jerarquía normativa del art. 31 de la C.N. y, también, lesiona el derecho de defensa en juicio y el debido proceso adjetivo asegurados por el art. 18 de la misma Constitución, en tanto se lesionó en autos el principio de congruencia y hubo apartamiento de los hechos probados y de las normas de aplicación. Así, se discute una cuestión federal compleja indirecta (colisión entre la norma local, su interpretación y la Constitución Nacional), en concurrencia con la doctrina de la arbitrariedad" (fs. 137).

En la sentencia recurrida admití la existencia de un caso constitucional vinculado con algunas de tales cuestiones. En efecto, en el punto 3 de mi voto expresé: "Primero en sede administrativa y luego en el recurso

directo ante la Cámara, Volkswagen planteó la inconstitucionalidad de las resols. DGRyEI 1201 y 1202 del año 1997 que fundan el criterio de calificación de la actividad que la empresa desarrolla como 'intermediación', a los fines del ISIB. / La parte recurrente afirma que tales decisiones modifican la hipótesis de incidencia tributaria, con efecto retroactivo, realidad que lesiona tanto las exigencias constitucionales de legalidad e irretroactividad del impuesto, como la garantía de la propiedad, al afectar el efecto cancelatorio de los pagos que oportunamente ella efectuara. En este aspecto, cabe afirmar que en la causa se controvierte la eficacia temporal de los criterios de interpretación establecidos en las resoluciones citadas y la aplicación que de ellos se hace en las actuaciones administrativas impugnadas. De tal manera se plantea un caso constitucional (art. 113, inc. 3º, CCBA)".

Ante el pronunciamiento del Tribunal que resolvió en contra del planteo constitucional (local y federal) efectuado por Volkswagen, el recurso extraordinario presenta una cuestión federal que, a mi juicio, justifica la concesión del recurso de acuerdo con la pauta establecida por el art. 14, inc. 2º de la ley 48.

4. Por lo contrario, los motivos vinculados con la supuesta afectación del derecho de defensa en juicio y el debido proceso adjetivo —relacionados por la actora con la ponderación de la actividad que desarrolla la sociedad accionante, su calificación a los fines impositivos, la prueba producida, el alcance de los recursos presentados (si impugnaba o no la multa y por qué razones), el principio de "realidad económica"—, el exceso ritual manifiesto y la arbitrariedad de la sentencia expresan la disconformidad del apelante con la decisión adoptada en cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional ajenas al remedio federal intentado. En estos aspectos, debe prosperar la oposición de la Procuración General de la Ciudad a la concesión del recurso.

5. Tampoco resulta admisible el recurso en cuanto cuestiona la multa impuesta de frente al art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75, inc. 22, C.N.). En el punto 8 de mi voto, yo advertí que: "la recurrente ha modificado el supuesto agravio constitucional en los dos escritos planteados en la etapa del recurso de inconstitucionalidad: al interponer el recurso, se trataba de la aplicación de la pena por un órgano judicial independiente, y al presentar la queja se funda en la garantía de la doble instancia; ambos con fundamento en la CIDDHH. Es decir, en la queja abandona el fundamento planteado en el recurso de inconstitucionalidad para sustituirlo por otro. Independientemente de la impertinencia de la sustitución de agravios, abandonado el primero, el recurso queda sin sustento. Ade-

más, el último motivo esbozado carece de desarrollo argumentativo, aspecto que por sí solo vedaría cualquier otra consideración". La errática fundamentación de la cuestión federal aparece nuevamente al interponer el recurso extraordinario pues ahora retoma el agravio referido a la previa intervención de un tribunal independiente e imparcial (fs. 135).

En tanto la cuestión federal vinculada con ese motivo recursivo no fue mantenida en todas las intervenciones de la parte, tal omisión impidió que el Tribunal, como superior tribunal de la causa, se pronuncie sobre ella. Por tal razón, el agravio no puede ser admitido para la concesión del recurso (*Fallos,* 316:724, entre muchos otros).

6. Por lo expuesto, voto por conceder parcialmente el recurso extraordinario federal planteado por Volkswagen, con el alcance establecido en el punto 3 precedente. Las costas deben ser soportadas en el orden causado, toda vez que existen vencimientos parciales en cuanto a la concesión del recurso (art. 71, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del doctor Julio B. J. Maier, tanto en sus fundamentos como en la decisión que propicia. Así entonces:

1. A pesar de que en el escrito de interposición del recurso, sólo se reiteran las argumentaciones ya vertidas en la causa y no se logra rebatir con éxito los fundamentos brindados en la sentencia emitida en este estrado, propicio que el remedio extraordinario se conceda ceñido a los agravios basados en los principios de reserva de ley tributaria y de jerarquía normativa, como en la invocada afectación de la garantía constitucional del derecho de propiedad —derivada de los efectos liberatorios del pago—, teniendo en vista su eminente naturaleza federal.

2. El recurso extraordinario, por el contrario, debe ser denegado por los restantes agravios, por ser éstos inhábiles para suscitar la intervención de la superior instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Todo ello por carecer de naturaleza federal, tal cual se acredita en los completos desarrollos del voto al que adhiero, o por haber sido propuestos extemporáneamente.

3. Las costas deben ser impuestas por su orden en atención a la existencia de vencimientos recíprocos en punto a la concesión del recurso (art. 71, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Concuerdo con el señor juez de trámite en que corresponde conceder parcialmente el recurso extraordinario federal articulado por Volkswagen únicamente en lo referido a la alegada afectación del principio de legalidad en materia tributaria, del derecho de propiedad y del principio de jerarquía normativa.

En efecto, la recurrente plantea que la sentencia del Tribunal convalidó la resol. 1201/97, norma que a criterio de Volkswagen crea un hecho imponible sin ley previa y con efecto retroactivo, lesionando el principio de legalidad en materia tributaria, el derecho de propiedad y el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 31 de la C.N. Coincido con lo señalado por el juez Julio Maier en el punto 3 de su voto en que ante la decisión del Tribunal que resolvió en contra de dicho planteo constitucional local y federal, se plantea aquí un caso federal que habilita la concesión del recurso extraordinario.

2. En cuanto a los restantes agravios:

a) La supuesta afectación del derecho de defensa en juicio y el debido proceso adjetivo, el exceso ritual manifiesto y la arbitrariedad de la sentencia, remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional ajenas al remedio federal intentado.

b) Respecto del cuestionamiento de la multa impuesta de cara al art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75, inc. 22, C.N.), también coincido con el juez Julio Maier en que la cuestión federal relacionada con tal agravio no fue mantenida en todas las instancias, lo que impide su admisión para la concesión del recurso extraordinario interpuesto.

3. Las costas deben imponerse en el orden causado en atención al modo en que se concede el remedio intentado.

4. Por lo tanto, voto por conceder parcialmente el recurso extraordinario federal interpuesto por Volkswagen con el alcance indicado precedentemente y por imponer las costas en el orden causado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso extraordinario federal de fs. 117/137, aunque interpuesto en tiempo y forma contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, debe ser denegado. Los agravios expuestos por el recurrente reproducen la mayoría de los agravios invocados en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante este tribunal. Las razones expuestas en mi voto en la resolución en crisis, por las que concluí que en autos no se expuso caso constitucional o federal alguno, son aplicables *mutatis mutandis* a la cuestión que nos ocupa ahora, para concluir la ausencia de cuestión fede-

ral que habilite la competencia de la CSJN en los términos del art. 14 de la ley 48.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder parcialmente* el recurso extraordinario federal interpuesto por Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados, con el alcance señalado en el punto 3 del voto del juez Julio B. J. Maier. Costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se remita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXIV

"OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTEGAZZA, LILIANA PAULINA C/OSCBA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad.
Cuestión federal. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires.
Competencia local. Arbitrariedad de sentencia.
Gravedad institucional. Imposición de costas por el orden causado.**

Expte. nº 4787/06 - 7/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires interpone recurso extraordinario (fs. 208/271) contra la decisión de fecha 20/11/2006 (fs. 192/204) por la que el Tribunal decidiera rechazar el recurso de queja interpuesto por ella.

2. El recurso es contestado por la parte actora, que solicita su rechazo (fs. 275/278 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. La recurrente no ha logrado exponer una cuestión federal que habilite la competencia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En primer lugar, el agravio referido a la pretendida competencia del fuero federal es insustancial, como ya fue explicado en la sentencia que ahora se objeta, por expresa remisión al precedente "'Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido', expte. nº 4274/05 y su acumulado 'OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Di Cuffa, Edda c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4268/05, pronunciamiento del 29/3/2006, cuya copia obra agregada a fs. 195/204 —e integra los fundamentos de la decisión atacada (fs. 192/194)—. En esa ocasión, se hizo mérito de lo decidido por la propia CSJN, *in re*: "María Laura Lotártaro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y otros", sentencia del 29/6/2004 (*Fallos,* 327:2773), al resolver a favor de la competencia local; conclusión que, por lo demás, la recurrente no rebate.

Por lo demás, los agravios en los que se invoca la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y el derecho de defensa no exponen sino la discrepancia del apelante con el criterio con el que las instancias que intervinieron en autos resolvieron cuestiones de hecho, prueba, y derecho local, es decir, no federales (art. 14, ley 48). Esos fundamentos, a su turno, privan a los agravios esgrimidos —relativos a la violación de los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 75 inc. 2º, 125, 129, de las disposiciones transitorias séptima y decimoquinta, todos de la Constitución Nacional, y de las leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.241, 24.588 y 19.032— de relación directa con lo resuelto en autos (conf. art. 15, ley 48).

3. Finalmente, la invocación de la doctrina del tribunal cimero sobre "gravedad institucional", consolidada a partir de la causa "Jorge Antonio" (*Fallos,* 248:189), sentencia del 28/10/1960, tampoco puede prosperar, toda vez que no se ha demostrado de qué manera la decisión recaída en el caso

incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

4. Por las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por la ObSBA.

No obstante resultar vencido el apelante, las costas deben ser impuestas por el orden causado. Fundo esta decisión en que la contestación presentada por la parte actora parece no haber tenido en cuenta el escrito que responde, así: *a)* solicita que se lo declare desierto por no haber presentado la demandada las copias exigidas por el art. 104, CCAyT, no obstante habérsele corrido traslado de él con copias (ver cédula de fs. 274); *b)* expresa contestar el recurso extraordinario federal interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 275, punto II), cuando quien recurrió fue la ObSBA; *c)* los fundamentos que expone para solicitar el rechazo consisten en la mera transcripción de los votos de los jueces del Tribunal "en un caso análogo" (fs. 275/278); *d)* pese a tratarse de un recurso extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia planteado por la demandada, la actora se reserva el derecho "de plantear el caso federal para ocurrir por vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación" y formula reserva de "ocurrir por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 278 y vta.).

El conjunto de circunstancias descriptas en el párrafo anterior justifica que las costas se soporten por su orden (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por ObSBA a fs. 208/271, costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 194, punto 3.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXV

"PIZZERÍA PARANÁ S.R.L. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Objeto. Norma de carácter general. Control concentrado y en abstracto de constitucionalidad. Pérdida de vigencia de la norma con efectos *erga omnes.* Ley 1799. Prohibición de fumar en restaurantes, bares, confiterías y casas de lunch. Derechos de los fumadores. Derecho de propiedad y a trabajar y a ejercer industria lícita. Disminución de las propinas. Viabilidad del control difuso de constitucionalidad.

Expte. nº 5126 - 14/3/2007

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Pizzería Paraná S.R.L. inicia "acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 19, inc. a) de la ley 1799 en cuanto al límite de las excepciones expresadas en el art. 21, inc. c) y el párrafo siguiente de dicha ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme lo dispuesto por el art. 277 de la ley 189 y art. 113, inc. 2º de la CCBA" (fs. 9, punto 2, "Objeto").

Sostiene que "(l)a norma en cuestión resulta contraria al art. 43 de la CCBA en cuanto protege el derecho al trabajo y al art. 46 en cuanto protege al consumidor, al usuario y a la salud, en cuanto les garantiza un trato equitativo y libertad de elección". Afirma también que la "norma es contraria al art. 14 de la C.N. en cuanto garantiza el trabajo y ejercer toda industria lícita" y violenta el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 C.N. "dado que todo fumador y todo restorán tenía un derecho adquirido desde siempre de poder fumar" (fs. 10 vta.).

Expresa también que "(e)l planteo que se efectúa por esta acción tiende a que se declare inconstitucional dicho artículo respecto del Restaurant ubicado en la calle Paraná 1209 de esta ciudad que es explotado con la marca 'Los Inmortales'" (fs. 9 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la acción de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

No obstante, la demanda presenta defectos insalvables que la tornan inadmisible.

2. Desde sus primeros pronunciamientos y de manera constante, este Tribunal ha señalado que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y que no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad a cargo de este estrado con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. A partir de lo dispuesto en el citado art. 113, inc. 2º, de la CCBA, de admitirse la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, ello acarreará la *pérdida de vigencia* de aquélla con efecto *erga omnes* —salvo que, tratándose de una ley, "la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes"— (*in re*: "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56 y ss.; "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 577/00, resolución del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 426 y ss.; y, en fecha más reciente, "Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4681/06, resolución del 26/6/2006, entre muchos otros).

3. En el *sub examine*, de la lectura del escrito inicial se aprecia con claridad que el objeto principal de la demanda consiste en obtener un pronunciamiento a partir de la valoración de una situación jurídica individual.

En efecto, la pieza de inicio contiene: *a)* la petición de que la norma "se declare inconstitucional... respecto del Restaurant ubicado en la calle Paraná 1209 de esta ciudad que es explotado con la marca 'Los Inmortales'" (fs. 9 vta.); *b)* la descripción clara del local de mención (fs. 9 vta. y 11); *c)* consideraciones acerca de la dificultad de adecuarlo a la norma en cuestión (fs. 9 vta.); *d)* la prueba documental acompañada, consistente en fotografías y planos del referido local (fs. 2/8); *e)* la solicitud de inspección ocular al aludido negocio (fs. 12); y *f)* la aseveración de que la "ley 1799 tal como está redactada realiza un daño irreparable al restorán... puesto que ha mermado notablemente la concurrencia de sus clientes fumadores..." (fs. 11 vta.).

También se desprende del aludido escrito que la accionante se refiere a las normas legales cuestionadas como de "casi imposible cumplimiento" (conf. fs. 9 vta.), pero exclusivamente en relación al restaurante ubicado en la calle Paraná 1.209 de esta Ciudad.

Todo ello permite concluir que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal ya reseñada, no es posible dar andamiento a la vía procesal prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

4. Vale aclarar que, el óbice que impide admitir la demanda, no es que el actor alegue tener un derecho subjetivo afectado por los preceptos legales impugnados, "tampoco que el accionante decida incluir un relato de cómo esa normativa podría alcanzarlo, sino que invoque aquella condición subjetiva como sustento de la demanda. Ello así, por cuanto, la acción declarativa de inconstitucionalidad no exige que la parte actora demuestre ser titular de un derecho subjetivo ni excluye como posible promotor a quien lo detenta (art. 18, ley 402), siempre que la pretensión consista en obtener un juicio abstracto vinculado con la constitucionalidad de las normas cuestionada" (conf. punto 2 del voto de mi colega, doctor Luis F. Lozano, en la citada causa "Picasso").

5. Al mismo tiempo, la actora ha expresado que inicia la acción declarativa de inconstitucionalidad "conforme lo dispuesto por el art. 277 de la ley 189 y art. 113 inc. 2º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires". Por ello, es necesario señalar que la acción "meramente declarativa" contemplada en el art. 277, CCAyT, es extraña a la competencia originaria del Tribunal.

También cabe recordar que ya se ha expresado en reiteradas oportunidades que la inclusión incidental de una cuestión constitucional como fundamento jurídico de una pretensión de condena no convierte a la acción interpuesta, que procura el control difuso de constitucionalidad, en aquella prevista en el inc. 2º del art. 113, CCBA, pues es menester que el objeto de esta última sea el control abstracto de constitucionalidad (doctrina del TSJ *in re*: "Niella, Reinaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa (art. 322, CPCC)", expte. nº 62/99, resolución del 16/7/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 243 y ss.; "Finkelberg, Oscar Guido c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa - art. 322, CPCCN", expte. nº 136/99, resolución del 17/11/1999, *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 608 y ss.; "Butowicz, Elena y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/inconstitucionalidad", expte. nº 160/99, 29/12/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 803 y ss.; entre otros).

6. Las meras referencias constitucionales relativas a los derechos de propiedad y a ejercer la industria lícita, como a los derechos de los fumadores, trabajadores y consumidores carecen del desarrollo indispensable para dar andamiento a una acción como la prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, pues lo que está en juego es la invalidación de una norma que, aún en el control difuso de constitucionalidad, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

En el caso, no se efectúa un razonamiento pormenorizado del contenido de esas garantías o derechos constitucionales que se dicen afectados. Tampoco la accionante desarrolla las concretas razones que sustentarían sus objeciones, de cara a la atribución que la Constitución de la Ciudad confiere a la Legislatura para dictar leyes en materia salud, ambiente y calidad de vida [art. 80, inc. 2º, b)].

A modo de ejemplo, se alega que la norma objetada "(r)esulta inconstitucional puesto que se vulnera el derecho del fumador, a quien no se le permite ir a prácticamente restorán alguno, dado la dificultad en cumplir con lo que expresa la norma que se tacha de inconstitucional" (fs. 10 vta.). Asimismo, se manifiesta que "se coarta la posibilidad de trabajar y al trabajador se lo limita en cuanto que ha mermado considerablemente el público fumador y las propinas que pueda obtener" (fs. 10 vta.), "esta ley impide literalmente trabajar para fumadores, que es una población importante de la comunidad" (fs. 10 vta.).

Las expresiones transcriptas constituyen el mayor razonamiento jurídico —no relativo puntualmente al local de la calle Paraná— en que se respalda la acción.

7. Finalmente he de puntualizar que la solución que propicio no significa que la actora no pueda insistir, a partir de un planteo que se ajuste a los recaudos formales pertinentes, en mantener las tachas de inconstitucionalidad que detalla, ya mediante la vía del control difuso ante los tribunales de mérito, ya ante este estrado, por la vía del control concentrado de constitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) con observancia de las exigencias contenidas en la ley 402 [conf. mi voto en "Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)", expte. nº 3937/05, resolución del 15/6/2005].

8. Por todo lo expuesto, corresponde declarar inadmisible, tal como ha sido formulada, la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el juez José Osvaldo Casás por las razones que da en los puntos 1º a 5º de su voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y LUIS F. LOZANO dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada a fs. 9/12.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y archive.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. LEY 255 —APELACIÓN'".

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Cuestión federal. Prescripción de la acción contravencional. Cuestión local. Derecho a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable. Art. 31 de la ley 10. Interpretación y aplicación de normas locales. Acatamiento del Tribunal Superior de Justicia del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en las mismas actuaciones. Supremacía constitucional.

Expte. nº 3726 - 14/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Defensora General Sustituta interpuso un recurso extraordinario federal (fs. 137/168) contra la resolución de este Tribunal (fs. 121/133) que, por mayoría, resolvió "rechazar el recurso de inconstitucionali-

dad interpuesto a fs. 19/30 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 16/17", luego de que la CSJN se pronunciara en estas mismas actuaciones (fs. 117/118).

En esta presentación recursiva, la defensa fundamentó su pretensión sobre la base de las siguientes cuestiones federales: *a)* desconocimiento del derecho a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable; *b)* afectación del principio de legalidad, pues se restringió indebidamente el instituto de la prescripción de la acción, en perjuicio del imputado; *c)* violación del principio de inocencia porque se anticipó la firmeza del fallo condenatorio; *d)* violación del derecho de defensa en juicio, por la interpretación arbitraria del Tribunal; *e)* trasgresión de la supremacía constitucional, en tanto el Tribunal no habría acatado, en la misma causa, lo resuelto por la CSJN.

2. El Fiscal General Adjunto compartió los argumentos expuestos por la mayoría de este Tribunal en orden a la correcta interpretación del derecho infraconstitucional local y en cuanto a la inexistencia de una doctrina unívoca a partir de lo resuelto por la CSJN, pero, sin perjuicio de ello, dictaminó que debía hacerse lugar al recurso extraordinario federal, pues, en su opinión, la CSJN habría considerado suficientemente planteado un caso constitucional en su anterior intervención (fs. 171/vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido, pese a dar cumplimiento a los requisitos formales exigidos en su especie, no puede prosperar porque no presenta cuestión federal alguna. Más allá del ropaje constitucional con el cual la recurrente ha intentado revestir la cuestión discutida, lo cierto es que el alcance y contenido que cabe asignar a las normas contravencionales que regulan la prescripción de la acción son, en definitiva, asuntos de naturaleza estrictamente local y en esta jurisdicción deberán permanecer. La resolución impugnada ha estado adecuadamente fundamentada, y las consideraciones de la Defensora General Sustituta no constituyen más que una discrepancia con los razonamientos expuestos por la mayoría de este Tribunal, que —aún cuando no los comparta— representan un genuino intento por armonizar las previsiones que juegan en esta materia (arts. 31 y 32 de la ley 10, y 33 de la ley 402), con los criterios hermenéuticos expuestos por la CSJN, desde tiempos inmemoriales, en su pacífica jurisprudencia (*in re*, "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —ape-

lación—'", expte. nº 4066, resolución del 22/3/2006). Si bien lo dicho sería suficiente para denegar su recurso, cabe reseñar concretamente las razones por las cuales sus planteos no alcanzan para fundar esta apelación federal:

a) En lo que respecta al agravio relacionado con el derecho a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable, como ya lo anunciara en mi voto, en autos "no ha habido ninguna ineficacia imputable a los órganos judiciales locales que autorice a sostener que la situación procesal del contraventor no fue resuelta en tiempo y forma", lo que equivale a decir —en términos muy sencillos—, que no se alegó y mucho menos se probó que algún período de la causa haya ido más allá de lo razonable para llevar adelante regularmente la totalidad del proceso (*Fallos,* 307:1030; 312:2434), sino que, todo ello fue cumplido sin dilaciones (316:2063), retrocesos (312:2187), o repeticiones de etapas por nulidades (306:1705; 321:2826). Este expediente contravencional transitó "por tres instancias judiciales locales" y, en todas ellas se arribó a un idéntico resultado (se confirmó la condena), motivo por el cual, no es posible hablar, seriamente, de ninguna indecisión acerca de la situación procesal del contraventor.

b) Los agravios relacionados con las afectaciones de los principios de legalidad e inocencia y con la garantía de defensa en juicio, como anticipara, sólo dejan traslucir el desacuerdo de la defensa con la interpretación de las normas infraconstitucionales. La defensora no logra demostrar mínimamente una relación directa e inmediata entre las transgresiones que denuncia y los fundamentos de la decisión que impugna, y soslaya totalmente que, en esta causa, al menos en mi voto, se desarrollaron y explicaron cuestiones que no habían sido consideradas por la CSJN al fallar "Caballero"; y el no haberse hecho cargo de ellas obsta la procedencia del remedio incoado. Ello así, por cuanto, no parece posible desconocer que cuatro jueces del Tribunal cimero admitieron el recurso extraordinario federal en virtud de la *arbitrariedad* de la interpretación del art. 31 de la ley 10 y que, en esta oportunidad, aquella interpretación fue respaldada con argumentos suficientes que no pueden ser tachados de irrazonables o antojadizos; ni puede decirse que la prescripción de la acción quede librada a una exégesis incierta. En mi opinión, entonces, la decisión objetada puede ser calificada como un acto jurisdiccional válido y no cabe aceptar su revisión en la instancia de excepción, pues, por regla, no puede obviarse que la interpretación y aplicación de las normas locales sólo compete a los jueces (también) locales.

c) Por último, si bien el denunciado *alzamiento* contra la sentencia de la CSJN —dictada en esta misma causa— hubiera tenido alguna rele-

vancia federal para habilitar su competencia apelada, considero que aquí no puede hablarse de apartamiento y/o desconocimiento alguno. La recurrente apunta a justificar el supuesto caso federal en el desacatamiento del "núcleo cierto" del pronunciamiento, y en que "no hubo votos disidentes en el precedente al que se remite sino opiniones particulares y que en ninguno de esos casos se desecharon los argumentos dados por la opinión conjunta" (fs. 158); pero tal razonamiento al margen de incorrecto, no se apega fielmente a la resolución en la que busca amparo. Ello, pues en mi voto mostré sobradas razones que me conducían a tener presente lo resuelto y, especialmente, entendí que no se había alcanzado una mayoría real que arrojara una doctrina unívoca. Esa afirmación permanece incólume, pues resulta difícil sostener que los jueces, que fundaron su opinión distinta, compartieran lo que la defensora denomina el "núcleo cierto"; y de estar a tan extraña conclusión habría que preguntarse por qué motivo entonces, en la decisión de la CSJN (fs. 117/118), primero se consignó la remisión de cuatro magistrados y luego se agregó, en un párrafo aparte, "[q]ue los jueces Petracchi y Fayt se remiten —en lo pertinente— a sus respectivos votos en la causa citada ["Caballero"]". Tampoco parece posible presumir que aquello que alguna vez fue un *obiter dictum*, luego acompañe a la mayoría en un caso distinto, pues, cuanto menos, tal diferencia merecía alguna aclaración expresa; máxime, cuando aquel *obiter dictum* no ha sido concluyente y puede encontrarse salvado con la explicación efectuada por la mayoría del Tribunal que, por cierto, no lo ha ignorado (el tiempo no deja de transcurrir).

En las condiciones apuntadas no resulta posible conceder seriedad al supuesto caso federal, pues no ha mediado un palmario desconocimiento de lo resuelto por la CSJN, y este Tribunal Superior de Justicia ha adecuado la fundamentación de su decisión anterior —a fin de que la cuestión vinculada con la prescripción de la acción, en materia contravencional, no esté sujeta a una interpretación incierta o arbitraria.

2. Por el conjunto de razones que dejo expuestas, considero que sólo puedo denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 137/168.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Compartimos la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde y adherimos a sus fundamentos concordantes.

Más allá de la cita de distintas normas de la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales realizada por la defensa, las argumentaciones vertidas en el recurso extraordinario federal se limitan a manifestar una disconformidad con la interpretación que este Tribunal ha hecho de normas locales (art. 31, ley 10), cuestión que resulta ajena a la competencia de la CSJN.

En cuanto al alegado desconocimiento del precedente "Caballero" (C.459.XXXVIII, sentencia del 8/11/2005) de la CSJN, como se sostuvo en esta causa, en la sentencia del 13/12/2006 (fs. 121/133), la interpretación realizada por este Tribunal *in re* "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 - apelación'", expte. nº 4066, sentencia del 19/12/2005, no desconoce ninguno de los votos vertidos por los magistrados de la CSJN en el citado precedente.

La vulneración del plazo razonable invocada por la defensa tampoco posee suficiente fundamento cuando, como en el caso, no se tacha de inconstitucional la ley adjetiva ni se la dice desconocida o aviesamente empleada para prolongar el sometimiento del recurrente al proceso.

En lo relativo a la arbitrariedad de la interpretación cuestionada, salvo casos excepcionales, resulta improcedente que el mismo Tribunal que dictó la sentencia pueda evaluar, desde la perspectiva de dicha doctrina, los argumentos en los que basó su decisión.

Por lo expuesto, si bien el recurso extraordinario federal de fs. 137/168 ha sido interpuesto en tiempo oportuno y forma adecuada, toda vez que no plantea en forma suficiente una cuestión federal, debe ser denegado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 137/168 cumple con los requisitos formales exigidos por la ley (conf. art. 14, ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN). Asimismo, el recurso contiene un relato pormenorizado de los hechos de la causa y desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia que se impugna.

2. Sobre el problema planteado por el recurso extraordinario federal ya me he pronunciado en esta causa a fs. 65/72 y a fs. 99/103. Por la misma razón por la que consideré que la queja deducida contra la denegación del recurso de inconstitucionalidad debía ser admitida ante estos estrados y por la que entendí que el recurso extraordinario federal contra aquella decisión, interpuesto a fs. 75/91 vta., debía ser concendido (*superación del plazo razonable de duración del proceso contravencional*), entiendo en esta oportunidad, una vez más, que el recurrente introdujo, válidamente, una cuestión federal. En efecto, el recurrente logra en su presentación articular con éxito un caso constitucional al controvertir la interpretación, efectuada en este proceso, del art. 31 de la ley 10 en función del derecho de todo imputado en proceso penal —contravencional— a un juicio rápido, reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos (arts. 7º, inc. 5º y 8, inc. 1º, CADH y 14, inc. 3º, c] PIDCyP, incorporados a la C.N. por su art. 75, inc. 22).

3. Los argumentos relativos a la posible lesión del principio de legalidad (arts. 18, C.N.; XXV, DADDH; 11, DUDH; 9º, CADH; 9º y 15, PIDCyP), del principio de inocencia (arts. 18, C.N.; XXVI, DADDH; 11, DUDH; 8º, inc. 2º, CADH, 14, inc. 2º, PIDCyP), del derecho de defensa (art. 18, C.N.) y a la falta de acatamiento a una sentencia de la CSJN sólo vienen a acompañar el caso federal que fuera planteado de manera eficaz, por la razón antes expuesta.

Por ello, voto por conceder el recurso extraordinario federal deducido por la Defensora General sustituta, en los límites de la referencia arriba indicada.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la señora Defensora General Sustituta a fs. 137/168 es admisible. Es deducido contra una resolución (del 13/12/2006), dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable.

Contiene además un relato de los hechos relevantes de la causa, y desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida.

2. Tal como lo hice al emitir mi voto en la resolución de fecha 26/5/2005, entiendo que el recurrente válidamente ha introducido una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa porque remite a la constitución válida del proceso, y a garantías procesales tuteladas por la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22 de la C.N.

Esta postura fue compartida por la CSJN en su pronunciamiento del 15/8/2006 por el que hizo lugar al recurso de hecho incoado por el señor Defensor General, admitió el recurso extraordinario federal, dejó sin efecto la decisión de este Tribunal que por mayoría rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la resolución que confirmó el rechazo del planteo de prescripción, y dispuso que "por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina aquí expuesta".

Dada la decisión de este Tribunal del 13/12/2006 que por mayoría insistió en el rechazo del recurso de inconstitucionalidad referido, la señora Defensora en su presentación de fs. 137/168 logra controvertir con éxito la interpretación del art. 31 de la ley 10 efectuada en autos con apoyo en el principio de legalidad, el de inocencia, el derecho a un proceso de duración razonable y el derecho a la legítima defensa, todos ellos incluidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía por ella mencionados. Corresponde entonces conceder el recurso extraordinario interpuesto.

3. Por lo expuesto voto: declarar admisible el recurso extraordinario federal planteado por la señora Defensora General Sustituta contra lo decidido por la resolución de fecha 13/12/2006.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 137/168.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXVII

"EYETICH, LUISA ESTER S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GONZÁLEZ, ÁNGEL RICARDO C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Nulidad de la habilitación de un inmueble en el rubro casa velatoria. Hecho nuevo. Invocación genérica de garantías constitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4838/06 - 21/3/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de la actuaciones agregadas a esta queja que Ángel Ricardo González y Mara S.C.A. promovieron ante la justicia nacional en lo civil una demanda para que se decrete la nulidad de la habilitación otorgada por la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en el rubro "casa

velatoria", respecto del inmueble sito en la calle Valle 282/284 y 286, pisos 1º y 2º de la Ciudad de Buenos Aires. Reclamaron, también, la reparación del daño moral padecido como consecuencia del funcionamiento de ese establecimiento. Además, reclamaron que se examine la habilitación del inmueble para "Oficina Fúnebre con exposición de féretros y depósito de enseres de servicios, no visualizables desde la vía pública". Solicitaron que se cite como tercero a la propietaria de la casa velatoria.

Luisa Ester Eyetich, titular de la casa velatoria, compareció al proceso, expuso que la parte actora persigue una compensación económica mediante un "plan extorsivo", que la demanda formula un planteo ilegítimo y que el comercio reúne todas las condiciones reglamentarias exigidas por las disposiciones vigentes para funcionar. Expuso las razones por las que considera que su actividad no afecta el derecho de los vecinos, ni turba la posesión del inmueble del cual los actores son propietarios.

La ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo. Expresó que en relación al acto administrativo cuestionado y ante la posibilidad que se estuviera frente a un acto nulo de nulidad absoluta e insanable, dio intervención a la Procuración General de la Municipalidad quien señaló la imposibilidad de revocación del acto en sede administrativa por haber generado derechos subjetivos. Expuso que se extravió el expediente de habilitación y, por tal razón, no se expidió en sede administrativa sobre la legalidad o ilegalidad de lo actuado.

Respecto del pedido de que se revise la habilitación por el rubro "oficina fúnebre", planteó su improcedencia por no haber sido solicitado previamente en sede administrativa.

Posteriormente, en oportunidad de realizarse la audiencia convocada por el *a quo* (arts. 359 y 360, CPCCN) el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se allanó a la demanda.

2. Declarada la incompetencia de la justicia nacional en lo civil y resuelta la contienda de competencia planteada por la jueza en lo contencioso administrativo y tributario local, las actuaciones se radicaron en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los autos quedaron en estado de dictar sentencia.

3. Se acumuló al proceso, el expediente caratulado "GCBA c/Eyetich Luisa Ester sobre impugnación de actos administrativos", en el cual tramita la demanda planteada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenidente a que se declare la nulidad de la disposición 189/SGAE/91 por la que se concedió la habilitación, a nombre de la señora Luisa Ester Eyetich, para que el local ubicado en la calle Valle nº 282/284/286, pisos 1º y 2º, pueda operar como "casa velatoria". En la deman-

da, la Procuración General afirma que son numerosas las irregularidades que presenta tanto el trámite de habilitación como el acto administrativo resultante.

Luisa Ester Eyetich, propietaria de la empresa, contestó la demanda y solicitó su rechazo. Afirmó que el local fue habilitado en legal forma, reúne las condiciones necesarias para funcionar como tal y cumple una función social. Sostuvo que la teoría de la lesividad sólo se aplica si se encuentra comprometido algún interés público, que la Procuración no invocó ningún perjuicio, por lo que carece de interés. Expresó, además, que la actividad cuestionada por la actora es el único sustento económico suyo y de su hija menor de edad.

4. La jueza de primera instancia trató, en primer término, la acción de lesividad planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (expte. nº 1441/2001), hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la disposición 189/91 DGAE, que concedió la habilitación, y fijó un plazo de 30 días para que el Gobierno haga efectiva la sentencia respecto de la nulidad decretada. También hizo lugar a la demanda de González y Mara SCA en cuanto a la nulidad de la habilitación, y la rechazó en relación al reclamo de daños y perjuicios (ver fs. 113/128).

5. La demandada, Sra. Luisa Ester Eyetich, apeló la sentencia (fs. 157/161 vta.). El recurso fue rechazado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 1/5 vta.). Contra esta decisión, la demandada interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 6/10) cuya denegatoria (fs. 42/43) dio lugar a esta queja (fs. 21/25).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja planteado en tiempo y forma por la Sra. Luisa Ester Eyetich no puede prosperar.

2. La queja reitera el defecto señalado por la Cámara para denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad: no expone, fundadamente, un caso constitucional, como lo exige el art. 27, ley 402.

Se afirma en la queja que la sentencia recurrida es arbitraria ya que los jueces de la Cámara de Apelaciones admitieron, durante el trámite de la apelación, el planteo de "hecho nuevo" que la demandada efectuara; pero, luego, al dictar la sentencia omitieron tratarlo. El hecho en cuestión consiste en que "Un importante grupo de vecinos planteó ante la actora el pedido de mantener la habilitación" (fs. 23), lo que lleva a la recurrente a preguntar "Qué pasaría si el GCBA acepta el pedido de los vecinos?" (fs. 23 vta.).

Agrega además que "La sentencia rechazó la demanda por daños y perjuicios promovida por González. En razón de que el funcionamiento del local no causaba perjuicio alguno" (fs. 23 vta.).

3. Es sabido, y la propia recurrente lo expresa (fs. 24), que los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa (*Fallos,* 310:1835, 2012). También lo es, que la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones para la correcta solución de la controversia corresponde —por regla general— a los jueces de las instancias de mérito

La recurrente expresa (fs. 23 vta.) y reitera (fs. 24) que la sentencia es arbitraria porque "no trata un hecho incorporado al expediente como lo es la presentación vecinal que ella misma aceptó como hecho nuevo". Sin embargo no expresa de qué manera su consideración por la Sala hubiera incidido en la decisión de considerar inválida la habilitación concedida por el Gobierno, a la luz de las numerosas irregularidades que considera suficientemente acreditadas. En otros términos: la recurrente debía desarrollar ante el Tribunal, y no hizo, las razones constitucionales (si es que ellas existieran) que permitan considerar que el consentimiento de un grupo de vecinos (expresado en la petición efectuada al Gobierno) con la actividad que ella desarrolla en el inmueble, tiene idoneidad para dispensar los vicios del obrar administrativo constatados en la sentencia.

Sin embargo, el recurso no logra demostrar la falta de razonabilidad en la selección o en la valoración de la prueba, ni la trascendencia de la que considera omitida. La circunstancia de que la decisión de la Cámara no fuera satisfactoria para la recurrente no importa afectación del debido proceso ni la defensa en juicio, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario.

4. La mención de la afectación de la garantía de la defensa en juicio (art. 18, C.N. y 13, CCBA), de la igualdad ante la ley (art. 16, C.N. y 11, CCBA), del derecho de propiedad (art. 17 C.N. y 12, CCBA) y del derecho a trabajar y ejercer el comercio (art. 14, C.N.), carece de todo desarrollo y no constituye una crítica concreta, razonada y fundada acerca de la invalidez de la sentencia.

La recurrente no explica cómo la situación cuya omisión de valoración denuncia (ver punto 3) se vincula con los derechos constitucionales invocados, ni logra demostrar que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa y el planteo constitucional que efectúa.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de rai-

gambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (*in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

Como se dijo en precedentes "cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales" [*in re*: "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Falbo de Martínez, Palmira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 1923/02 sentencia del 19/2/2003].

En tales condiciones, sus argumentos, bajo la designación de arbitrariedad, tienden a controvertir los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional. Y más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara se encuentra suficientemente fundada a partir de circunstancias comprobadas de la causa. Por consiguiente, no se logra demostrar la arbitrariedad de la decisión recurrida.

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja planteada por la demandada Luisa Ester Eyetich.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la Sra. Luisa Ester Eyetich (en adelante, la "Sra. Eyetich") a fs. 21/25 fue deducido en tiempo. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. En primer término, cabe tener presente, tal como sostuve en numerosas oportunidades, que "es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001)" (conf. mis votos *in re* "Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4426/05, resolución del 21/6/2006; "Philips Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Philips Argentina S.A. de Lámparas Eléctricas y Radio c/GCBA (Hospital General de Agudos Juan A. Fernández) y otros s/cobro de pesos'", expte. nº 4283/05, resolución del 4/4/2006, entre otros).

La reiteración de referencias genéricas a principios constitucionales supuestamente lesionados por la sentencia recurrida no logra conmover los argumentos desarrollados por los jueces en el auto denegatorio y este es el límite, insuficiente por cierto, de las manifestaciones de la Sra. Eyetich en un apartado confuso (apartado nº 4 del escrito de fs. 21/25) en el que alude tanto a la resolución de fs. 18/19 como al decisorio atacado mediante el recurso de inconstitucionalidad.

En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, tampoco aquí la quejosa rebate adecuadamente las consideraciones de la providencia de fs. 18/19.

En síntesis, la presentación directa ante el Tribunal no satisface la condición de criticar acabadamente la resolución que denegó el acceso a esta instancia.

3. Por lo tanto, voto por no hacer lugar a la queja intentada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), el mismo no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que sólo se sustenta en la mera discrepancia del recurrente con la decisión del tribunal *a quo*. Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla [conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005].

La parte recurrente tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, brindando una argumentación plausible que logre vincular aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales que alega, extremos que no se verifican en la presente causa, toda vez que la Sra. Eyetich, a través de la presentación que obra a fs. 21/25, se limita a invocar artículos de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, pero no logra demostrar que exista esa estrecha

vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y los derechos constitucionales genéricamente invocados.

3. En cuanto a la tacha de arbitrariedad de la sentencia, cabe señalar que el fallo de la alzada cuenta con fundamentos suficientes y razonables para justificar la decisión que adopta, y el recurrente no efectúa una réplica eficaz de las razones que ilustran la sentencia, ni las rebate con otras de naturaleza constitucional. La misma Corte Suprema enfatizó que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387).

En mérito a lo expuesto, considero que la queja debe ser rechazada.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Comparto la solución que propicia el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en el sentido de rechazar la queja planteada a fs. 21/25.

Básicamente, y como suelo expresar en muchos de mis fallos, el agravio de la recurrente, a partir del que pretende la formulación de un caso constitucional, se reduce a expresiones de discrepancia y hasta disgusto con la sentencia criticada. Concretamente, la Sra. Eyetich identifica una circunstancia que parece provocarle un especial menoscabo: se trata de la omisión por la Cámara de examinar el "hecho nuevo" que había expuesto ante ese tribunal, consistente en que "[u]n importante grupo de vecinos planteó ante la actora el pedido de mantener la habilitación" (fs. 23). Como yo lo interpreto, resulta claro que esta cuestión no involucra alguna situación singular, grave o extrema de ilogicidad o absoluta carencia de fundamentación, por lo que la denuncia de *arbitrariedad* en la decisión de la Alzada, por omitir considerar el pedido vecinal, no resiste, a mi criterio, mayor análisis.

Por lo demás, respecto de la falta de necesidad de que los tribunales traten o se expidan acerca de cuestiones que son o se han tornado superfluas para la resolución de la controversia, la propia CSJN acepta que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, sino que sólo deben hacerlo respecto de aquellos argumentos y pruebas que resulten, precisamente, "conducentes" para la correcta composición del litigio (*Fallos,* 272:225; 274:486; 276:132; 287:230; ver mi voto en "Angelini, Luis Alfonso s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Angelini, Luis Alfonso c/GCBA s/revisión cesantía o exoneración del empl. Público'", expte. nº 4577/06, resolución del 23/8/2006, apartado 3).

2. En definitiva, el agravio que se expresa en la queja no da cuenta sino de la discrepancia del recurrente con la hermenéutica de la Cámara en cuanto a la cuestión señalada, esto es, en cuanto a aspectos secundarios de orden fáctico y probatorio, en razón de lo cual la impugnación de Eyetich transita por un carril puramente infraconstitucional que deriva, finalmente, en un planteo de arbitrariedad del decisorio en crisis que, como he sostenido múltiplemente, considero inaceptable en un contexto como el descripto (ver mis votos *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565, sentencia del 26/5/2005 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792, resolución del 29/6/2005).

En suma, en el decisorio impugnado no se puso seriamente en debate la interpretación de disposición constitucional, ley o tratado alguno cuyo desconocimiento autorice la intervención del TSJ como custodio final del derecho constitucional. Por ello es que el escrito de la queja carece de fundamentación suficiente, pues el recurrente remite a normas constitucionales presuntamente afectadas pero, reitero, no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida ni controvierte de modo convincente los fundamentos de la sentencia sobre esa base (este Tribunal, *in re* "Rozen, Frejda s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Rozen, Frejda c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión", expte. nº 2183/03, resolución del 10/9/2003).

3. Por las consideraciones que anteceden, voto por rechazar la presentación directa intentada por la Sra. Eyetich.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado a fs. 21/25 por Luisa Ester Eyetich y dar por perdido el depósito efectuado a fs. 20.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala interviniente para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXVIII

"PÉREZ, ARIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires. Licencia profesional de conducir clase D1. Antecedentes penales del solicitante como partícipe secundario en la comisión del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego. Pena privativa de la libertad en suspenso. Denegatoria facultativa del otorgamiento de la licencia de conducir por parte de la Administración. Examen y verificación de la idoneidad del solicitante. Ejercicio del poder de policía. Restricción del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita. Preservación de la seguridad en el tránsito, la libertad y la integridad sexual y física de los usuarios de los servicios públicos. Dictado de un nuevo acto administrativo por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respecto de la solicitud de la licencia profesional de conducir. Respeto al principio de división de poderes. Principio de razonabilidad.

Expte. nº 4888/06 - 21/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Ariel Pérez planteó una demanda de amparo para que se ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias la renovación de la licencia profesional de conducir clase D, subclase 1. Expresó que mediante la disposición 794-DGEVyL/04 se le denegó su pedido en atención a sus antecedentes penales. Consideró que la decisión de la autoridad administrativa vulnera sus derechos constitucionales a trabajar y a ejercer industria lícita. También planteó que el acto cuestionado lesiona la prohibición de doble punición. Cuestionó, además, la constitucionalidad del art. 20, de la ley 24.449, del dec. 331/04 y del art. 20, inc. 6º, del dec. regl. 779/95 (fs. 1/12). Solicitó, asimismo, el dictado de una medida cautelar tendiente que se le conceda la referida licencia, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

La Procuración General solicitó que se rechace la acción pues el dec. 331-GCBA/04, al reglamentar la materia, vedó la concesión de licencias clase D —en cualquiera de sus subclases— a quienes registren antecedentes penales por la comisión de alguno de los delitos que en el decreto se mencionan y rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la reglamentación (fs. 92/101 vta.).

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción incoada por Ariel Pérez y ordenó otorgar la licencia profesional clase D, subclase 1 —previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales— y declaró la inconstitucionalidad del dec. 331/04. Impuso las costas a la parte demandada (fs. 153/157).

3. La sentencia fue apelada por el Ministerio Público Fiscal (fs. 159/162 vta.) y por el Gobierno de la Ciudad (163/169 vta.). La apelación de la Procuración General se dirigió, fundamentalmente, a señalar que la sentencia recurrida es contraria a derecho toda vez que interpretó el dec. 331-GCBA/04 prescindiendo de su texto expreso y lo desvirtuó. Argumentó también que el a quo entendió erróneamente que la parte actora goza de un derecho absoluto a obtener la licencia de conducir solicitada y que relacionó los hechos de la causa con la actuación del juez penal. Por último, defendió la constitucionalidad de la norma.

4. La Sala II de la Cámara declaró "la nulidad absoluta e insanable del dec. 331-GCBA/04 y, en consecuencia, de la disposición 794-DGEVyL/04, que denegara la licencia solicitada" ya que "el señor Jefe de Gobierno resulta incompetente para dictar normas como la aquí analizada, es decir, normas que restringen derechos individuales constitucionalmente consagrados". La alzada estableció también que el contenido del dec. 331/04 afecta el art. 13, inc. 9º, CCBA, que veda el dictado de cualquier norma "que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor...". (fs. 195/203).

5. Contra dicho decisorio, el GCBA, interpuso el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 217/226, que, previo traslado, fue concedido por la Sala (fs. 253 y vta.).

6. El señor Fiscal General Adjunto propone, en su dictamen ante este Tribunal, que se "admita el recurso de inconstitucionalidad incoado, declarando la nulidad de la sentencia atacada y remita las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento..." (fs. 266/269 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del GCBA, la Legislatura local sancionó el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, ley 2148 (*BOCBA* nº 2615 del 31/1/2007). El art. 3.2.15 de la ley citada contiene una disposición normativa cuyo

contenido sustituye a la disposición del art. 1º del dec. 331-GCBA/04 que resultaba aplicable al caso.

Conforme a la regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342*,* entre muchos otros, aplicable al recurso de inconstitucionalidad local), resulta evidente que la pretensión objeto de esta acción judicial —orientada a lograr que el GCBA expida al actor una licencia profesional de conductor clase D1—, no se rige hoy día por el dec. 331-GCBA/04, sino por la referida ley 2148.

Corresponde agregar que, con la entrada en vigencia de esta ley, la cuestión relativa a la incompetencia del Jefe de Gobierno para dictar el dec. 331-GCBA/04, sobre cuya base la Cámara dispuso la nulidad absoluta e insanable del decreto, no resulta ya idónea para fundar la decisión y ha tornado abstracta cualquier consideración a ese respecto.

2. Si bien ambas normas (decreto y ley) prevén la denegación de la licencia de conductor profesional para la clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público, el decreto derogado preveía en forma *imperativa* la denegatoria de la licencia y la ley vigente lo establece, pero en forma *facultativa* para la administración.

Es decir, se ha modificado un elemento reglado del acto por otro de tipo discrecional, con las implicancias que ello trae aparejado para la solución del caso. Donde el art. 1º del dec. 331/04 disponía que: "...*Debe denegarse* la solicitud de licencia...", el art. 3.2.15 del Anexo a la ley 2148 establece que: "...*Se puede denegar* la licencia..." cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior.

3. Así las cosas, según la nueva regulación, ahora la Administración *puede* denegar (o no) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos. En tanto la disposición 794-DGEVyL/04, dictada por el Director General de Educación Vial y Licencias del GCBA —mediante la cual se denegó al actor la habilitación de conductor profesional clase D, subclase 1— se fundó en una norma que le *impedía* conceder la licencia a quien, como el actor, registraba cierto antecedente penal, la modificación de la norma ha dejado sin sustento esa disposición.

No basta, según la ley vigente, con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia. La Administración está obligada a hacer *algo más* que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o no la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos.

En el caso que nos ocupa, el actor registra antecedentes por la comisión del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en grado de partícipe secundario. Más allá de la calificación jurídica, la conducta antijurídica que en definitiva le valió que se le denegara la renovación del permiso de conducir consistió en trabajar en el desarmado de un automóvil que poco antes había sido sustraído a su propietario amenazándolo con un arma de fuego, hecho este último que no fue atribuido a Pérez por los jueces de la causa (ver fs. 25/27). En virtud de ello fue condenado a la pena de tres (3) años de prisión en suspenso, por encontrársele responsable, en calidad de partícipe secundario del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, mediante el procedimiento de juicio abreviado.

La Procuración General, al desarrollar el agravio según el cual la reglamentación de la entrega de licencias clase D resulta razonable, destaca que el fin legítimo buscado por la reglamentación, que justificaría la restricción al derecho constitucional a trabajar y ejercer toda industria lícita, es la preservación de la seguridad en el tránsito, la libertad, y la integridad sexual y física de los usuarios de los servicios públicos (ver fs. 243), que peligrarían si individuos con las inclinaciones que los antecedentes seleccionados revelarían fuesen habilitados para conducir taxis, entre otros vehículos.

4. Es claro que el carácter facultativo que se inserta para innovar en el diseño del sistema de concesión de licencias de tipo profesional habilita a la autoridad administrativa a desplegar en el procedimiento previo a la emisión del acto las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita una ponderación de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión. El carácter facultativo de la regla ("podrá denegar") no sólo permite sino que condiciona a la Administración a llevar adelante algún tipo de actuación orientada a verificar la idoneidad del solicitante en cada caso concreto. Compete al poder administrador establecer las medidas pertinentes para lograr ese fin —con la debida intervención del particular, toda vez que también se encuentra involucrado su interés frente a un acto que, sin presentar naturaleza represiva, podría de alguna manera afectarlo [art. 22, f), LPA local].

5. En síntesis, y sin que ello importe desconocer nuestras particulares posiciones en oportunidades anteriores, en las que nos tocó ingresar en

la consideración de esta misma cuestión —antes y después de la vigencia del hoy derogado dec. 331/04—, dada la nueva normativa aplicable resulta menester dictar una sentencia que, ajustada a ella y a las constancias de la causa, resuelva el fondo de la cuestión (art. 31, ley 402).

En ese sentido, la constancia de antecedentes penales como partícipe secundario del actor no autoriza a denegar, sin más razones, la licencia peticionada; por ello, la disposición 794-DGEVyL/04 ha perdido su fundamento a partir del cambio operado en el derecho objetivo aplicable al caso concreto —sobreviniente tanto al acto administrativo cuestionado como a las sentencias dictadas en las instancias de mérito—. Y sería ciertamente irrazonable no encuadrar desde este mismo momento la situación del amparista en lo dispuesto por el Código de Tránsito y Transporte local, pues, aún si por hipótesis se pudiera pensar en resolver en términos que impliquen la convalidación del acto administrativo impugnado (pretensión del recurrente, el GCBA), ello no le impediría al actor acudir una vez más a la Administración para que considere su solicitud, ahora a la luz de lo dispuesto en la nueva regulación legal.

Ahora bien, en tanto la decisión administrativa de conceder o no la licencia solicitada por el actor en la demanda presenta aspectos de algún modo discrecionales cuya ponderación corresponde obviamente a la Administración, el respeto elemental del principio de "división de poderes" determina que este pronunciamiento judicial no puede ordenar el contenido del acto a dictar, sino sólo su emisión acorde con las pautas señaladas en este voto. Por tal razón, corresponde que el Gobierno de la Ciudad, cumplidas las actuaciones administrativas previas ineludibles, dicte un nuevo acto en relación con el pedido de licencia para conducir efectuado por el actor.

6. Por los fundamentos expuestos, votamos por: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia de Cámara en cuanto declaró la nulidad del dec. 331/04 y ordenó al GCBA otorgar al actor la licencia solicitada previo cumplimiento de los restantes requisitos legales vigentes al efecto; *b)* ordenar que el GCBA dicte un nuevo acto administrativo que resuelva la petición del amparista, ajustada a la nueva ley que regula la cuestión; y *c)* imponer la costas en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve el caso.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Tanto el acápite "objeto" como el "petitorio" de la demanda de Ariel Pérez requieren que se ordene a la Dirección General de Educación

Vial y Licencias del GCBA que le "otorgue la licencia profesional para conducir clase D-1, en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 794-DGEVyL/04, previa comprobación del cumplimiento de los demás requisitos legales pertinentes" (fs. 1 y 12, respectivamente). Invoca *a)* la irrazonabilidad de la ley 24.449 y del art. 20 de su decreto reglamentario (nº 779/95), *b)* la exigencia de aplicación de los principios del derecho penal en materia de faltas y contravenciones y, por extensión, al ejercicio del poder de policía estatal, *c)* la prohibición del principio de doble punición por el mismo hecho, d) la inconstitucionalidad del dec. 331/04 "porque establece una sanción de naturaleza penal", del art. 20 de la ley 24.449 por delegar en el poder ejecutivo establecer la relevancia de los antecedentes penales, del art. 20, inc. 6º, del dec. 779/95 por efectuar una subdelegación de las atribuciones delegadas, etcétera;

2. El juez de primera instancia se pronunció en sentido favorable a la pretensión del actor. Al hacerlo consideró que el art. 1º del dec. 331/04, regla jurídica en que se fundó la disposición administrativa cuestionada, es inconstitucional por contrariar los derechos y garantías establecidos en el art. 14, C.N. y 43, CCBA, que se refieren al derecho a trabajar al reglamentarlo de manera irrazonable (fs. 156 vta.). Cabe recordar que la norma censurada por el *a quo* establecía que *Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público*. También censuró la disposición administrativa en los siguientes términos: "el acto administrativo cuestionado es incompatible con el sistema de valores que recogen la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y olvida el carácter resocializador que tiene la pena (art. 18 *in fine* C.N., 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)" (fs. 156).

3. La sentencia fue recurrida por el GCBA y por el Fiscal Nº 2 de Primera Instancia. La Sala II de la Cámara resuelve, por mayoría, en lo que aquí interesa: *I. Rechazar los recursos de apelación interpuestos. II. Revocar la declaración de inconstitucionalidad del dec. 331-GCBA/04 ordenada por el juez de primera instancia. III. Hacer lugar a la acción*

incoada, declarando la nulidad absoluta e insanable del dec. 331-GCBA/04, en razón de la incompetencia argumentada en el considerando 7 del presente. [IV]. Ordenar se otorgue al actor la licencia solicitada, previo cumplimiento de los restantes requisitos legales vigentes al efecto (fs. 202 vta.).

La Cámara fundó su decisión en tres argumentos centrales: *i)* la incompetencia del Jefe de Gobierno para regular la materia, toda vez que tal atribución es acordada por el art. 80, inc. 2º e) de la CCBA a la Legislatura local (fs. 196 vta./197 vta.), *ii)* la falta de relación entre la restricción impuesta y el fin perseguido por la norma, y *iii)* la violación del art. 13 inc. 9º, CCBA en cuanto prohíbe el establecimiento de normas que impliquen "peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derecho individuales y colectivos".

4. En respuesta al primero de dichos argumentos, la demandada, en su recurso de inconstitucionalidad, apoya la competencia del Jefe de Gobierno para sancionar el dec. 331-GCBA/04, en las facultades de reglamentación que acuerda el art. 102 de la CCBA (fs. 240 vta./ 242 vta.).

Contra el segundo, sostiene que se trataría de una reglamentación razonable pues persigue "[...] impedir la obtención de licencia a los sujetos que cuentan con antecedentes penales graves o cometidos en el trasporte público por el tiempo que dure el antecedente. Mientras que la finalidad perseguida es preservar la seguridad en el tránsito y la integridad de los usuarios de los servicios públicos" (fs. 243).

Usó ese mismo argumento para contestar el tercer argumento del *a quo*, negando, además, el carácter punitivo del requisito establecido en el reglamento.

5. En tales condiciones, el recurso de inconstitucionalidad está dirigido contra una sentencia definitiva, emanada del superior tribunal de la causa, e involucra las cuestiones constitucionales descriptas, por lo que fue correctamente concedido por el *a quo.*

6. En cuanto al fondo de la cuestión a decidir, debo señalar preliminarmente que con posterioridad a la interposición el recurso de inconstitucionalidad, la Legislatura local sancionó el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, ley 2148 (*BOCBA* nº 2615 del 31/01/2007). El art. 3.2.15 contiene una disposición normativa cuyo contenido sustituye a la disposición del art. 1º del dec. 331-GCBA/04. Debido a la oportunidad en que fue sancionada la ley, el tribunal *a quo* no tuvo ocasión de considerarla a la hora de emitir su fallo.

Conforme a la regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342*,* entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local), resulta evidente que la pretensión objeto de esta demanda —consistente en expedir una licencia profesional de conductor—, no se rige hoy día por el dec. 331-GCBA/04, sino por la referida ley 2148. Con la entrada en vigencia de esta ley la cuestión relativa a la incompetencia del Jefe de Gobierno para dictar el dec. 331-GCBA/04, sobre cuya base la Cámara dispuso la nulidad absoluta e insanable del decreto, no resulta ya idónea para fundar la decisión, y ha tornado abstracta cualquier consideración a ese respecto.

Sin perjuicio de ello, no es ocioso señalar que la declaración de inconstitucionalidad, en el marco del control difuso, es el fundamento sobre cuya base el juez puede eludir la aplicación de la ley que reputa contraria a la constitución, pero no puede derogarla, esto es, no puede separar la norma del orden jurídico, conclusión que no resulta consecuente con la mención del punto en la parte dispositiva de la sentencia. Similar observación cabe respecto de la declaración de nulidad absoluta e insanable, no ya esta vez porque deba formar parte del fundamento sino porque no es propio de los jueces de mérito en la CCBA privar de efecto *erga omnes* a las leyes, sino que, en todo caso lo sería de este tribunal, y con el efecto del art. 113, inc. 2º de la CCBA, esto es, para el futuro y de no mediar insistencia de la Legislatura, con mayoría calificada.

7. Sin embargo, el fundamento relativo a la incompetencia del Jefe de Gobierno no ha sido ese el único brindado por la Sala II para descalificar la normativa. Como lo señalé en el punto 3, ese tribunal también afirmó la falta de razonabilidad de la norma y la violación del art. 13 inc. 9º, CCBA, agravios estos que deben ser considerados ahora de cara a la ley vigente. En efecto, ambas normas posibilitan la denegación de la licencia de conductor profesional para la clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público.

Convertir a los antecedentes penales —con visible vocación de ser interpretados extensivamente o por lo menos seleccionándolos mediante una fórmula imprecisa, particularmente cuando reza “por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido

con la utilización de un vehículo afectado a servicio público"—, en automático impedimento para obtener la licencia, como lo hacía el dec. 331/04, implica apartarse de mandatos contenidos en la Constitución de la Ciudad y en la de la Nación. De iguales reproches se hace pasible aquella interpretación de la ley 2148 que arroja idéntico resultado. Esta circunstancia hace indispensable repasar esos obstáculos constitucionales, porque sólo una inteligencia que los sortee puede salvar la validez de dicha ley.

8. En dicho orden de ideas, particularmente en cuanto al test de razonabilidad de las disposiciones aplicables, conforme ha establecido la CSJN desde tiempo inveterado, en aquellos casos en los que se examina la reglamentación de derechos constitucionales, al poder judicial "incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados" (*in re* "Pedro Inchauspe Hermanos c. Junta Nacional de Carnes", *Fallos,* 199:483, entre muchos otros). Así, si bien está vedado a los jueces sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del la legislatura para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes (conf. doctrina de *Fallos,* 311:1206; 311:2128; 315:1316, entre muchos otros) la razonabilidad supone que no existan medios que lleven indisputablemente a iguales o preferibles resultados con restricciones sensiblemente menores de los derechos. Dicho de otro modo, supone que exista proporcionalidad entre el sacrificio impuesto a aquellos individuos cuya esfera de derechos se ve restringida, y la mayor satisfacción del fin perseguido, derivada de dicho sacrificio. En este orden de ideas, en relación con la regulación del otorgamiento de licencias de radiodifusión, reglamentaria del derecho a expresarse libremente y de asociarse, que "tal reglamentación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia" —*in re* "Asociación Mutual Carlos Mujica c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/amparo", resolución del 1/9/2003, *Fallos,* 326:3142.

El examen debe ser más escrupuloso cuando, como en el caso, la restricción no pesa sobre todas las personas por igual sino particularmente sobre un grupo reducido y presumiblemente débil. Dicho de otro modo, cuando constituye para los integrantes de ese grupo una privación del derecho que asiste, en cambio, a la generalidad del pueblo. Cuando ello ocurre, es necesario asegurarse que no se trate de una pena, o bien que estén

cumplidos a su respecto los recaudos constitucionales de sanción de esta especie. Escoger la clase de pena, y el hecho que la acarrea, es, en materia de delitos, atribución del Congreso, circunstancia que fulmina aquélla que proviene de órganos locales. A su vez, y en verdad en un estadio lógicamente previo, las penas deben ser determinadas en oportunidad de la condena. No pueden sobrevenirla, puesto que ello constituiría una violación del *non bis in idem* tutelado por la C.N. y la CCBA. Cualquiera de estas razones sería suficiente para establecer la inconstitucionalidad de las reglas *sub examine,* si las restricciones tuvieren naturaleza penal, esto es, si fuesen previstas por el legislador por considerar éste que quienes cometen la clase de hechos contemplados en la ley 2148 las merecen.

Con una perspectiva correcta en cuanto a los principios, el GCBA sostiene que los impedimentos cuestionados no atienden al castigo de los individuos sobre los que pesan sino al desarrollo más seguro de las actividades que las licencias permiten a sus titulares, interés éste que incumbe a la CABA proteger mediante un régimen normativo apropiado —en similar sentido puede verse el voto del Dr. Casás *in re* "Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 1427/02).

En el caso que nos ocupa, el actor registra antecedentes por la comisión del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, en grado de partícipe secundario. Más allá de la calificación jurídica, la conducta antijurídica que en definitiva le valió que se le denegara la renovación del permiso de conducir consistió en trabajar en el desarmado de un automóvil que poco antes había sido sustraído a su propietario amenazándolo con un arma de fuego, hecho este último que no fue atribuido a Pérez por los jueces de la causa (ver fs. 25/27). En virtud de ello fue condenado a la pena de tres (3) años de prisión en suspenso, por encontrársele responsable, en calidad de partícipe secundario del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, mediante el procedimiento de juicio abreviado. Por lo dicho más arriba, para que la denegatoria de la licencia de conducir profesional clase D, motivada en los antecedentes del actor, sea compatible con las prescripciones constitucionales, debería constituir no un castigo por el delito mencionado sino una reglamentación posible del derecho de trabajar dirigida a incrementar la seguridad en la actividad de la que participa el servicio para el que se otorga la licencia. A ese fin, en primer lugar, debería mostrar el Gobierno una relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, la libertad, y la integridad sexual y física de los usuarios de los servicios públicos, fines éstos dentro de la gama de aquellos a cuya consecución incumbe al legislador propender. No existen a ese

respecto aportes de estudios que permitan inferir esa relación. Aunque es claro que compete al poder administrador establecer las medidas tendientes a ese fin, no puedo dejar de señalar que un adecuado informe socioambiental producido por profesionales en la materia, o la realización de un reexamen de la aptitud psicológica del solicitante (conf. art. 3.2.9, ley 2148) si él lo consiente, pueden ilustrar con un mayor grado de aproximación a la realidad sobre el comportamiento del peticionante en sus ámbitos de relación con terceros. Vale señalar, que los exámenes sobre cuya base se decida expedir o denegar la licencia podrían incluir un test específico que permitiera conocer las inclinaciones del solicitante. De hecho, a efectos de otorgar la licencia en la primera oportunidad en que cada persona la recibe, la ley prevé un examen que determine la aptitud psíquica para conducir (conf. art. 3.2.8, inc. h, ley 2148). Sin embargo, no se lo repite en las oportunidades en que se solicita la renovación de la licencia, ni aun cuando concurren antecedentes penales que, en el marco de consideraciones que han inspirado al legislador, justificarían hacerlo. Ese test y un informe socioambiental, entre otras medidas que la Administración y el particular podrían ofrecer y practicar (testimonios de vecinos, de representantes de instituciones barriales, eclesiásticas, cooperadoras escolares, etcétera) aparecen como el modo más cercano a la situación individual y, consecuentemente, como el manifiestamente más certero. Más aún que el estadístico, único método que podría, en el supuesto que examinamos, separar el pronóstico de la mera conjetura o ésta del prejuicio. También está ausente este método.

Sin perder de vista que el legislador enfrenta la compleja misión de dictar normas generales y abstractas para un universo de casos que serán alcanzados por ellas, y muchas veces con información irremediablemente limitada, el GCBA no ha suministrado una explicación mínima acerca de las razones que llevan a vincular delitos como el que aquí nos ocupa con la seguridad a la que se afirma que propende la ley. No se exhibe, según se vio, en el caso concreto, el antecedente de desprecio por la seguridad en el tránsito, la salud o la libertad de las personas. Es decir, ni siquiera el temor, abrigar el cual es siempre peligroso (lo sabio no es el miedo sino el cuidado), de que el actor tenga propensión a repetir conductas basta en el caso para suponer la afectación de la seguridad en el tránsito, de los usuarios en su integridad física o sexual, o la de los transeúntes u otros ocupantes de vehículos. Ello exime al sentenciante de practicar un análisis más riguroso relativo a qué elementos permiten a partir de la comisión de ciertos hechos en el pasado presumir la de otros similares en el futuro. Entiendo, pues, que la aplicación al caso concreto de la regla establecida en el art. 3.2.15 de la ley 2148, en estas condiciones, contraviene las reglas descriptas.

El deslinde entre ejercicio legítimo del poder de policía y castigo debe ser especialmente cuidadoso cuando aquello en lo que se ve limitado el individuo afectado es la posibilidad de desplegar un servicio personal para ganarse la vida, y más aún cuando ese servicio es de calificación relativamente baja. Ello así, porque dificultar el acceso al trabajo tiene un impacto gravísimo en la vida de cualquiera y más aún en la resocialización de quienes alguna vez merecieron un reproche penal.

La CSJN, en oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derogado art. 26 inc. 4º del Cód. de Com. que vedaba la posibilidad de obtener la rehabilitación al comerciante fallido que no se hubiere inscripto en la matrícula, habiendo considerado que "[...] la matrícula, […] está inspirada en propósitos de conservar una institución que responda a exigencias de interés general […]" y que "[…] los derechos consagrados por el art. 14 de la Constitución a favor de todos los habitantes de la República están sujetos para su ejercicio a la reglamentación que dicte el Honorable Congreso, como lo dispone el mismo artículo […]", concluyó que "[...] la inteligencia atribuída a los arts. 25 y 26 del Cód. de Com., en el sentido de no poder el comerciante no matriculado conseguir jamás la rehabilitación para volver al ejercicio del comercio es de estimársela contraria a la cláusula del art. 14 de la Constitución que garante a todos los habitantes de la Nación el derecho de ejercer el comercio conforme a la ley que reglamenta su ejercicio, porque tal limitación así entendida, importa la supresión absoluta del derecho garantido a todos los habitantes y no tan solo una simple reglamentación al ejercicio de ese derecho [...]" (*Fallos,* 129:235). En aquel caso, al igual que en el *sub examine*, la aplicación de la reglamentación al caso se presenta desproporcionada en relación a los fines perseguidos por la misma, pues la seguridad en el comercio —o, como en el presente, la seguridad en la prestación de servicios de transporte— no se ha mostrado relacionada con las medidas restrictivas dispuestas de modo tal que estas últimas logren pasar el cartabón de racionalidad cuya verificación exige el art. 28 de la C.N. Cierto es que, en aquel caso, influía la perpetuidad de la limitación. Pero, la duración de la que aquí nos ocupa, aunque no ilimitada, es enorme para un trabajador.

Lo expuesto hasta aquí me exime de referirme a la aplicación al caso del art. 13, inc. 9º de la CCBA.

9. Ahora bien, mientras el decreto derogado preveía en forma *imperativa* la denegatoria de la licencia, la ley vigente brinda un margen de discrecionalidad al organismo de aplicación convirtiendo a los mismos supuestos en causa para denegar en forma *facultativa* el otorgamiento de

la licencia. Donde el art. 1º del dec. 331/04 disponía que "[...] *Debe denegarse* la solicitud de licencia...", el art. 3.2.15 del Anexo a la ley 2148 establece que "[...] *Se puede denegar* [...]" la licencia cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior. Es decir, se ha sustituido un elemento reglado del acto por otro de tipo discrecional, con las implicancias que ello trae aparejado para la solución del caso.

Ello sentado, es necesario establecer si el texto del art. 3.2.15 de la ley 2148, en atención al modo deóntico facultativo que la ley utiliza, posibilita una interpretación que evite los escollos constitucionales apuntados; en cuyo caso será esa interpretación, que pone a la ley en armonía con la CCBA y la C.N., la que deba ser adoptada.

La disposición 794-DGEVyL/04, dictada por el Director General de Educación Vial y Licencias del GCBA —mediante la cual se denegó al actor la habilitación de conductor profesional clase D, subclase 1— se fundó en la norma que, tal como fue expuesto, le *impedía* conceder la licencia a quien, como el actor, registraba uno de los antecedentes penales previstos en ella. Según la nueva regulación, la Administración puede denegar (y, por tanto, conceder) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos. Esta opción debe ser resuelta por la Administración mediante la identificación de una causa de hecho acorde con las finalidades que ella misma atribuye a la ley. Dicho de otro modo, la circunstancia de que la ley 2148 le dé un amplio margen de discreción no supone descuido de que la norma exige reunir pruebas de que denegar la licencia constituye un razonable medio para la consecución de sus fines. Puede para ello, por ejemplo, utilizar alguno de los medios mencionados en el tercer párrafo del punto 8 de este voto.

No basta entonces, en una adecuada interpretación de la ley vigente, con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia. La Administración está obligada a hacer *algo más* que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o denegar la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos.

La Procuración General, al desarrollar el agravio según el cual la reglamentación de la entrega de licencias clase D resulta razonable, destaca que el fin legítimo buscado por la reglamentación, que, a su criterio, justificaría la restricción al derecho constitucional a trabajar y ejercer toda industria lícita, es "preservar la seguridad en el tránsito y la integridad de los usuarios de los servicios públicos" (ver fs. 243). O sea, sostiene que dicho fin peligraría si individuos con los antecedentes de la ley fuesen habilitados para conducir taxis, entre otros vehículos.

Sin embargo, si bien los antecedentes penales objetivos del Sr. Pérez por sí mismos no justifican el rechazo de la licencia para conducir, conforme las pautas expuestas en el punto 8 de este voto, permiten, en cambio, una actividad de investigación más intensa para fundar, en forma razonable, la concesión o denegación de la licencia en una actividad en la que también se encuentran comprometidos otros intereses que la Constitución exige al Gobierno resguardar (art. 34, CCBA), en razón de la mayor interacción e interdependencia social que caracteriza la vida en nuestra comunidad.

10. Es claro que el margen de discrecionalidad otorgado por la nueva normativa a la Administración, en el aspecto bajo análisis, la habilita a desplegar en el procedimiento administrativo cuyo curso debe observarse para concluir en la emisión del acto, las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita ponderar los intereses públicos y privados involucrados en la decisión. El carácter facultativo ("podrá denegar") no sólo permite sino que *obliga* a la Administración a practicar ciertos actos tendentes a verificar si la sospecha que la ley insinúa sobre quienes registran condenas por ciertos delitos, se verifica en cada caso concreto. En este sentido, reitero, puede verse lo expuesto en el párrafo tercero del punto 8 de este voto.

11. El GCBA cuenta ahora con la posibilidad de singularizar las razones de la decisión que adopte (no ya generica y abstracta constancia de los antecedentes penales condenatorios) para poder brindar una explicación suficiente acerca de las razones que llevan a vincular al autor de un delito como el que aquí nos ocupa con la seguridad a la que se afirma que propende la ley. Aunque resulte obvio, la actividad de la Administración en estos casos deberá ceñirse a las disposiciones de la LPA y garantizar el derecho de defensa del administrado, ya que el procedimiento administrativo posee la característica función de protección que es común a los institutos reglados por el Derecho Administrativo: la de los derechos individuales y la de la eficacia y eficiencia de la función administrativa. La intervención del particular en defensa de su derecho a trabajar frente a un acto, que sin presentar naturaleza represiva, puede igualmente afectarlo, resulta obligatoria mediante el debido proceso adjetivo, establecido en el art. 1º, inc. f), de la LPA.

12. En síntesis, dada la nueva normativa aplicable resulta menester dictar una sentencia que, ajustada a ella y a las constancias de la causa, resuelva el fondo de la cuestión (art. 31, ley 402).

En ese sentido, afirmo que la constancia de antecedentes penales del actor no autoriza a denegar, sin más razones, la licencia peticionada, y,

por esa razón la disposición 794-DGEVyL/04 ha devenido nula por un vicio en la causa.

Ahora bien, la sola circunstancia de que la decisión administrativa de conceder o denegar la licencia solicitada por el actor en la demanda presenta un amplio margen de discrecionalidad elimina la posible atribución al órgano judicial de la facultad de ordenar la entrega de la licencia como lo solicita el Sr. Pérez —en este sentido pueden verse los puntos 5 y 6 de mi voto *in re* "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 4568/06, resolución de fecha 9/8/2006.

Por tal razón corresponde que el Gobierno de la Ciudad, cumplidas las actuaciones previas ineludibles, dicte un nuevo acto en relación con el pedido de licencia para conducir efectuado por el actor.

13. Por los fundamentos expuestos voto por: *a)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia de Cámara en cuanto declaró la nulidad del dec. 331/04 y ordenó al GCBA otorgar al actor la licencia solicitada previo cumplimiento de los restantes requisitos legales vigentes al efecto; *b)* ordenar que el GCBA dicte un nuevo acto administrativo que resuelva la petición del amparista, ajustada a la nueva ley que regula la cuestión; y *c)* imponer la costas en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve el caso.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La Sala II de la Cámara señaló expresamente que su decisión se fundaba en la incompetencia del Jefe de Gobierno para emitir el dec. 331/04 según lo señalara en el considerando 7 de la sentencia recurrida.

La circunstancia de que la Legislatura dictara la ley 2148 (que fuera publicada en el *BOCBA* nº 2615 del 31/1/2007) torna innecesaria a fin de resolver el caso, la consideración del decreto indicado. Corresponde entonces, en esta instancia, entrar en el análisis del restante agravio del GCBA.

2. Anticipo mi opinión en el sentido de que la disposición 794-DGEVyL/04 es inconstitucional porque, como lo explicaré en lo que sigue, afecta principios y reglas constitucionales (arts. 11 y 13 de la CCBA).

3. El decreto cuestionado en autos (nº 331/04) disponía, en su artículo primero que: *"...Debe denegarse* la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo co-

metido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público".

A su turno, el art. 3.2.15 de la ley 2148 prescribe que: *"...Se puede denegar* la licencia de conductor profesional clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público..." (el destacado me pertenece). Es decir que, a partir de la sanción de la ley 2148, la denegación de la licencia profesional de conducir Clase D con motivo en los antecedentes penales del peticionante adquirió carácter facultativo (no imperativo) para la Administración local. Sin embargo pese a esta modificación, subsiste la referencia dirigida hacia quienes tienen antecedentes penales.

4. Es oportuno volver sobre algunas de las particularidades de la situación del amparista y del modo en que planteara la acción. El 23/12/2002, el Sr. Ariel Pérez fue condenado —en la causa nº 1614/02 en trámite ante el TOC Nº 3 del Depto. Judicial de Mercedes— a la pena de tres años de *prisión en suspenso* por encontrárselo *partícipe secundario* del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego; según surge de la descripción de antecedentes que contiene la sentencia mencionada, "no hay elementos que involucren a ninguno de los dos coprocesados [uno de ellos, Ariel Pérez] como autores materiales del desapoderamiento armado..." (el destacado me pertenece). Por fin, quiero destacar que los jueces del TOC Nº 3 del Depto. Judicial de Mercedes sólo impusieron al actor una pena de tres años de *prisión en suspenso.*

Los miembros del TOC, conforme las atribuciones que les confiere el art. 20 bis del CPN, pudieron aplicar a Pérez, en aquel expediente (nº 1614/02), una "inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: (...) 3º Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público", lo que no sucedió.

Luego de que la DGEVyL le denegara la renovación de su licencia profesional de conducir Clase D 1 debido a sus antecedentes penales, el Sr. Pérez inició la presente acción de amparo a fin de que se le otorgara la licencia profesional solicitada "en toda oportunidad en que presente el

certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 794-DGEVyL/04, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes". En lo que aquí interesa, fundó su pretensión en los derechos que acuerdan los arts. 14 y 14 bis de la C.N., 11 y 13, inc. 9º de la CCBA y en los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que contienen prescripciones normativas concordantes.

5. El art. 11 de la CCBA dispone que "[t]odas las personas tienen idéntica dignidad", no admite segregaciones y proscribe las discriminaciones por cualquier circunstancia que implique "distinción, exclusión, restricción o menoscabo". En sentido coincidente, el art. 13, inc. 9º de la CCBA "erradica de la Legislación de la Ciudad (...) cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de actos que no afecten derechos individuales ni colectivos".

Ahora bien, para satisfacer un estricto escrutinio de la constitucionalidad de las normas que afectan al amparista cabe preguntarse cuál es el fin que persiguen, si el medio escogido puesto en conjunción con ese fin es idóneo y razonable, y si no existe otro camino más apto y que resguarde mejor los principios constitucionales involucrados.

El GCBA sostiene que la finalidad normativa viene dada por la necesidad de "preservar la seguridad en el tránsito (...), la integridad de los usuarios de los servicios públicos" (fs. 223) y de "evitar un riesgo objetivo" (fs. 225). Sin embargo, no explica cómo ni por qué la denegación de la licencia al Sr. Pérez contribuiría a lograr la seguridad en el tránsito que persigue. En ausencia de razones que justifiquen la restricción impuesta, la referencia a un "riesgo objetivo" —que apunta, sin dudas, a las características biográficas del sujeto— se sostiene en la presunción de peligrosidad del autor; vedada por la CCBA.

Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (conf. los arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional.

6. La disposición 794-DGEVyL/04 hace uso de un criterio de exclusión de manera previa a cualquier consideración acerca de la situación concreta del recurrente y es esto lo que la torna inválida por razones constitucionales.

Dicho en otras palabras, la disposición 794-DGEVyL/04, el dec. 331/04 y aún el art. 3.2.15 de la ley 2148 (aunque de manera más sutil) conducen

al mismo resultado: instituyen una categoría de personas que están privadas del potencial ejercicio de derechos fundamentales, lo que es violatorio de los arts. 11 y 13 de la CCBA.

7. En atención a los argumentos precedentemente expuestos y en mérito de los preceptos constitucionales indicados corresponde declarar inconstitucional la disposición 794-DGEVyL/04 que denegó al Sr. Ariel Pérez la licencia de conducir peticionada con motivo de sus antecedentes penales.

8. Voto en consecuencia por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA a fs. 217/226 y confirmar la sentencia recurrida en cuanto dispuso: "III. [o]rdenar [que] se otorgue al actor la licencia solicitada previo cumplimiento de los restantes requisitos legales vigentes al efecto", con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Adhiero al voto y a la decisión que propicia mi colega, la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. No obstante, estimo necesario resaltar ciertas precisiones relativas al asunto, desde el punto de vista de la competencia del Tribunal.

2. Mediante la disposición 794/04, la DGEVyL denegó al amparista la renovación de la licencia profesional de conducir clase D, subclase 1, en atención a sus antecedentes penales. Frente a la reciente sanción de la ley 2148 (Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad) por la Legislatura local, la disposición antes mencionada se fundaría en el art. 3.2.15 de la ley 2148 que, precisamente, faculta a la Administración de la CABA a denegar la licencia profesional de conducir Clase D si el peticionante acredita antecedentes penales por los delitos que la norma enuncia. El art. 3.2.15, ya citado, sustituye al art. 1º del dec. 331/04, que *imponía el deber* de denegar la licencia profesional a los solicitantes que se encontraran en la misma situación descripta por la ley 2148 ("Debe denegarse..."). La sustitución importa, centralmente, puesto que la restricción para la concesión de licencias en los casos examinados se formula ahora *en el modo potestativo* ("Se puede denegar..."), no ya en el modo deontológico o imperativo (en sentido concordante, ver el voto de la Dra. Alicia Ruiz, punto 3).

3. Esta explicación basta para rechazar el recurso por inconstitucionalidad fundado en el texto del dec. 331/04, art. 1º. La regla contenida allí no conserva su vigencia, o, cuando menos, no la conserva en el mismo sentido para resolver este caso, pues, como se explica en el voto de mis colegas, ella ha sido reformada por la actual ley local de tránsito vigente 2148. Si, como creo que es correcto, la situación a resolver en el recurso

por inconstitucionalidad se debe decidir conforme a la posición del orden jurídico al momento del fallo, resulta claro que la discusión sobre la constitucionalidad de una norma derogada, que no rige, además, caso futuro alguno, carece de sentido.

4. La nueva norma puede plantear, sin duda, numerosos problemas de constitucionalidad, entre ellos, aquellos que indica mi colega, la jueza Alicia Ruiz, con relación al derecho a trabajar y a ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 bis, C.N.), el reconocimiento de la "idéntica dignidad" e igualdad ante la ley de todas las personas (art. 11, CCBA) y la prohibición de mantener o establecer en la legislación local norma alguna "...que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito [y] cualquier manifestación de derecho penal de autor ..." (art. 13, inc. 9º, CCBA). Así, por ejemplo, el saber si ella misma se ajusta a las reglas constitucionales citadas, con correlación en convenciones internacionales referentes a derechos humanos, citadas en el caso, puesto que puede representar la concesión de un poder no reglado al organismo estatal de aplicación.

Yo estimo innecesario referirme a este problema, con relación a este caso concreto, puesto que, rechazado el recurso de inconstitucionalidad propuesto por el GCBA, en atención a que su objeto no reviste ya actualidad, resulta claro no sólo que la sentencia de la Cámara queda firme formalmente, sino, también, que esa decisión sólo le indica a la Administración la imposibilidad de negar la licencia con la sola invocación del antecedente penal.

5. Por ello, coincido con el voto de la señora jueza Alicia Ruiz, sin expedirme sobre la constitucionalidad del texto de la nueva norma, hasta que ese texto no se ponga en relación con una situación de vida que torne necesario su control o el control de su interpretación frente al derecho constitucional. Por el momento, la interpretación de ese texto *potestativo* resulta una cuestión infraconstitucional, cuya decisión es competencia primaria de los tribunales de mérito y que, en principio, excede la competencia del TSJ.

6. Por las consideraciones que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad y dejar firme la sentencia, en tanto ordena a la Administración proveer la licencia solicitada previo aquilatar la reunión, por parte del Sr. Pérez, de las demás condiciones previstas o requeridas por la ley para su expedición. Las costas deben imponerse a la parte vencida, por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar parcialmente* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y *dejar sin efecto* la sentencia de Cámara en cuanto declaró la nulidad del dec. 331/04 y ordenó al GCBA otorgar al actor la licencia solicitada previo cumplimiento de los restantes requisitos legales vigentes al efecto.

2º. *Ordenar* que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dicte un nuevo acto administrativo que resuelva la petición del Sr. Ariel Pérez, ajustado a la nueva ley que regula la cuestión.

3º. *Imponer* la costas en el orden causado.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Sala II de la Cámara de Apelaciones.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXIX

"SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BOYACÁ S.A. C/SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS POR ACTUACIÓN PROFESIONAL EN LOS RECURSOS DE QUEJA Y EXTRAORDINARIO FEDERAL. Art. 6º de la ley 21.839. Impuesto al Valor Agregado. Art. 62, inc. 2º de la ley 1181.

Expte. nº 4397/05 - 21/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Gustavo Lázaro Lipkin, apoderado de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado, solicita la regulación de sus honorarios por su labor ante el Tribunal tanto en el recurso de queja como en el recurso extraordinario (fs. 404).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. A fs. 308/319 el Tribunal rechazó el recurso de queja interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado. Con posterioridad, a fs. 387/392 el Tribunal resolvió denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Subterráneos contra esa sentencia. Las costas de este recurso fueron impuestas a la vencida.

2. De conformidad con lo establecido por el art. 14 de la ley arancelaria, cabe tener presente que los honorarios de la representación letrada de la parte demandada (Dres. Gustavo Lázaro Lipkin y Guillermo Pino) por su intervención en la primera instancia, fueron regulados por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso administrativo y tributario, en conjunto, en la suma de $ 4.795 (pesos cuatro mil setecientos noventa y cinco) (fs. 664 vta.). Existe, entonces, una base firme sobre la cual regular los honorarios profesionales (*Fallos,* 312:1635) solicitados por el abogado Gustavo Lázaro Lipkin, apoderado de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado, por su actuación al plantear los recursos de queja y extraordinario federal.

3. En atención a lo peticionado y teniendo en cuenta que el recurso de queja no se encuentra previsto a los fines arancelarios en el dispositivo de la ley 21.839, la regulación del honorario correspondiente debe realizarse mediante la utilización de las pautas generales contenidas en el art. 6º (*Fallos,* 302:782, 682). Por ello, considerando las razones por las que se denegó la concesión del recurso (fs. 308/319) considero razonable regular los honorarios del Dr. Gustavo Lipkin por su actuación en el recurso de queja en la suma de $ 400 (pesos cuatrocientos), más el IVA y el 1 % determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181, si correspondiere.

4. En cuanto a la actuación del Dr Gustavo Lipkin al plantear el recurso extraordinario, corresponde regular sus honorarios en la suma de $ 1.560 (pesos un mil quinientos sesenta), más el IVA y el 1 % determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181, si correspondiere.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con las sumas reguladas por la jueza Ana María Conde en concepto de honorarios al Dr. Gustavo Lázaro Lipkin por las presentaciones realizadas ante este estrado (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado y recurso extraordinario federal).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* en la suma de $ 400 (pesos cuatrocientos) los honorarios del abogado Gustavo Lázaro Lipkin, por la actuación que desarrolló en el recurso de queja, más el IVA si correspondiere, y el 1 % establecido por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181,

2º. *Regular* en la suma de $ 1.560 (pesos un mil quinientos sesenta) los honorarios del abogado Gustavo Lázaro Lipkin, por la actuación que desarrolló en el recurso extraordinario, más el IVA si correspondiere, y el 1 % establecido por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 319, punto 2.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN ARGENTINA DE AGENCIAS DE PUBLICIDAD C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa. Rechazo de la excepción previa de falta de legitimación activa. Acreditación de un perjuicio irreparable que equipara la decisión a una sentencia definitiva. Agente publicitario. Actividad de intermediación. Alícuota aplicable para la determinación del impuesto sobre los ingresos brutos. Extralimitación de las facultades constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial. Exceso de jurisdicción al admitirse una demanda que persigue una declaración general y abstracta de constitucionalidad de una norma. Control difuso de constitucionalidad. Necesidad de que la norma cuestionada se aplique a un caso concreto. Legitimación de las asociaciones en defensa de intereses colectivos o difusos en materia tributaria. Acreditación de un derecho subjetivo o interés legítimo propio en carácter de contribuyente del tributo cuestionado. Competencia del Poder Legislativo para la reglamentación del concepto de causa. Principio de división de poderes.

Expte. nº 4889/06 - 21/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Argentina de Agencias de Publicidad (en adelante AAAP) inició acción contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del art. 2º de la resol. 1105-SHyF/01 que dispone que "por los ingresos provenientes de la gestión como intermediario, esto es cuando el agente publicitario aparece colocado entre el locatario inicial (anunciante) y el medio, percibiendo de estos últimos las bonificaciones por volúmenes y la comisión respectiva y por todo otro trabajo igualmente remunerado corresponde la aplicación de la alícuota prevista para la actividad de intermediación, es decir, el 4,9 %, para la liquidación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos".

La actora manifestó que contra la resolución mencionada ya había interpuesto recurso jerárquico (expte. adm. nº 43.579/99 y sus incidentes), y que ese recurso fue desestimado mediante dec. 1042/02.

El Gobierno opuso excepción de falta de legitimación activa (fs. 121/126 de la queja).

2. La jueza de primera instancia resolvió (fs. 2/4 vta. de la queja) hacer lugar a la excepción, con costas a la vencida.

La AAAP apeló en los términos que surgen del escrito cuya copia se agregó a fs. 5/14 vta. de la queja. El GCBA contestó la expresión de agravios del accionante (fs. 15/25 vta. de la queja).

3. La Sala I de la Cámara CAyT hizo lugar al recurso de apelación y rechazó la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la accionada (fs. 26/ 33 vta. de la queja). Los magistrados, tras analizar el marco normativo aplicable y el estatuto de la AAAP, concluyeron, por aplicación del principio *in dubio pro actione*, que la AAAP se encontraba debidamente legitimada para accionar.

4. Ante la decisión de segunda instancia la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue denegado por la Sala I, que consideró que "el pronunciamiento impugnado no se encuentra comprendido entre los supuestos que habilitan la intervención del Superior Tribunal (...) en tanto no reúne la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional. Además (...) no ha demostrado que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva" (fs. 63 /63 vta. de la queja).

5. A fs. 65/79 luce el recurso de queja traído a decisión del Tribunal. El GCBA afirma que la Sala I al admitir la legitimación de AAAP para accionar (auto de fs. 63/63 vta. de la queja) le ocasiona un perjuicio que

por su irreparabilidad equipara el decisorio a una sentencia definitiva. Cita precedentes de la CSJN y del Tribunal; insiste en que si la resolución fuera confirmada la cuestión de la legitimación sería irrevisable posteriormente; invoca la afectación al derecho de defensa y tacha de arbitraria la resolución que motiva el recurso directo ante el Tribunal.

6. El señor Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja (dictamen de fs. 143/145 vta. de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja fue interpuesta oportunamente (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede ser admitida.

2. En el escrito de fs. 65/79 el recurrente no logra rebatir las razones por las cuales la Cámara entendió que la decisión adoptada no tenía el carácter de "asimilable" a definitiva (fs. 63) y, consecuentemente, denegó el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, la resolución cuestionada, no habilita al Tribunal a conocer en el asunto. El recurrente intenta mostrar la existencia de perjuicios irreparables que, pese a sus esfuerzos argumentativos, no resultan acreditados. La prosecución del trámite en las actuaciones principales hasta que sea dictado un pronunciamiento definitivo no lesiona ni controvierte ninguna atribución del demandado ni le provoca daños que puedan considerarse de imposible reparación ulterior.

La ausencia de sentencia definitiva define, a mi juicio, el rechazo de la presentación directa.

3. Por fin, es oportuno recordar que el art. 27 de la ley 402 prescribe que: "El recurso de inconstitucionalidad se interpone *contra las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa (...)" (el destacado es propio). En el caso, el requisito de admisibilidad resaltado no está satisfecho, como quedó indicado en los apartados anteriores.

4. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y mandar se registre, se notifique y oportunamente se remita al tribunal de mérito para que agregue la queja al principal.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y agrego que la jurisprudencia apuntada por el recurrente (fs. 69 vta./70) no contiene o contempla, precisamente, mi propia opinión que, en el caso

mencionado ("Cabiche, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría General Tutelar - Ministerio Público s/otros procesos incidentales" en "Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría Tutelar s/impugnación de actos administrativos", expte. nº 3259/04, resolución del 9/2/2005), también propició el rechazo de la presentación directa por no atacar una sentencia que revistiera el carácter de definitiva.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a la solución propiciada por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en el sentido de que la queja, si bien interpuesta en tiempo y forma, debe ser rechazada pues los agravios contenidos en el recurso no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, según lo exige el art. 27 de la ley 402, para dar andamiento a la vía.

2. En efecto, la decisión atacada rechaza una excepción previa de falta de legitimación activa interpuesta por el GCBA y los argumentos de la parte recurrente no alcanzan a conmover lo decidido por la Cámara en punto a la ausencia de fundamentación del recurso de inconstitucionalidad a la hora de demostrar el alegado perjuicio irreparable que se invoca para intentar equiparar esa decisión a un pronunciamiento definitivo, ya que los escritos de interposición, tanto de dicha pieza como de la queja, contienen tan sólo una dogmática enunciación de principios, garantías y derechos de raigambre constitucional (vulneración del régimen rentístico de la Ciudad —más allá de no haberse invocado circunstancia alguna que impida ejercer las potestades tributarias aplicativas en sintonía con la resolución de la Secretaría de Hacienda y Finanzas cuestionada en la causa, generando un demérito en la percepción de la renta pública— y de los principios de igualdad, derecho de defensa y al debido proceso, garantías del juez natural y de propiedad).

3. Asimismo, a mayor abundamiento, si bien no desconozco los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocados para respaldar la pretensión introducida como excepción previa (conf. fs. 46 vta. y ss.), estimo que los mismos parecen sustentarse en un fundamento normativo y en una vía procesal (art. 43, C.N.) distintos a los ponderados hasta aquí en este expediente (normas locales referidas a la acción contencioso administrativa regulada en el CCAyT).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA cumple con los requisitos de tiempo y forma (art. 33, ley 402). Además critica con éxito la

decisión que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad oportunamente articulado.

2. Si bien la decisión que motivó el recurso de inconstitucionalidad no es definitiva, por lo que no sería susceptible de impugnación por esa vía, la extralimitación de las facultades conferidas por la CCBA a los jueces respecto de su esfera de actuación exige que dicho decisorio se equipare a definitivo en razón del carácter irreversible de sus consecuencias, que importarían un apartamiento del mandato constitucional contenido en el art. 106, CCBA (cc. 116 C.N.).

3. La Asociación Argentina de Agencias de Publicidad (AAAP) inició la acción ordinaria con el objeto de que "se declare la inconstitucionalidad del art. 2º de la resol. 1105-SHYF/01, que dispone que "por los ingresos provenientes de la gestión como intermediario, esto es cuando el agente publicitario aparece colocado entre el locatario inicial (anunciante) y el medio, percibiendo de estos últimos las bonificaciones por volúmenes y la comisión respectiva y por todo otro trabajo igualmente remunerado corresponde la aplicación de la alícuota prevista para la actividad de intermediación, es decir, el 4,9 %, para la liquidación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos".

Es decir que la pretensión consiste en obtener una declaración general y abstracta en torno a la validez constitucional de la normativa aludida. Corresponde, entonces, que despejemos la cuestión relativa a la admisibilidad misma del debate sustanciado.

4. Nuestro sistema constitucional garantiza el acceso a la justicia (art. 12, inc. 6º de la CCBA y art. 8º, primer párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y los jueces debemos asegurarlo siempre que se plantee ante los estrados judiciales un debate del que surja la afectación de un derecho del accionante. Se trata del derecho de todo habitante de la República de dirimir ante los tribunales los conflictos jurídicos que enfrenta en su vida social, cuando ellos no pueden ser superados por otra vía. Pero es necesario que esas cuestiones sean de aquellas que pueden ser resueltas por los jueces en ejercicio de su específica función judicial en el orden normal de las instituciones. Ello no sólo por preservar nuestro rol de jueces dentro de los límites que la Constitución nos impone, sino también por nuestro carácter de servidores públicos, que nos exige optimizar el uso de los recursos que el Estado destina a la actividad judicial, evitando tramitar pleitos claramente inconducentes.

En el *sub lite,* los jueces de mérito admitieron una demanda que, por su objeto, resulta improcedente en los términos del art. 106 de la CCBA (cconc. 116 C.N.), toda vez que no hace referencia a la necesaria situación

jurídica individualizada que deberán valorar los jueces al momento de dictar la sentencia, que no puede versar sobre la validez de resoluciones de carácter general de los cuales no se ha planteado la aplicación en un caso particular.

En el marco de la acción intentada no cabe una declaración teórica, en abstracto, sobre la interpretación, contenido y validez de una norma jurídica. La declaración autónoma de inconstitucionalidad de una norma no es, dentro del sistema difuso, un contenido posible de las sentencias: es indispensable que la norma cuestionada se aplique a un caso concreto, y tal como surge de las constancias de autos, dicha circunstancia no se verifica.

Es por ello que asiste razón al recurrente al afirmar que la Cámara incurrió en un exceso de jurisdicción que conlleva, además de la violación al principio del debido proceso y defensa en juicio, una invasión en la esfera de facultades pertenecientes al Poder Legislativo, pues se estaría dando un trámite a una cuestión para la que el Legislador previó otro distinto.

5. En tanto el planteo no involucra un debate jurídico admisible, por no desarrollarse en el marco de un "caso", "causa" o "controversia judicial", considero que corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar el archivo de las actuaciones por quien corresponda.

6. Por otra parte, cabe señalar que la materia tributaria que se plantea en autos no admite la posibilidad de legitimación por parte de asociaciones en defensa de intereses colectivos o difusos, toda vez que se vincula con la concreción de la relación sustancial entre el contribuyente y el Estado, la cual carece de incidencias colectivas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que los colegios profesionales carecen de legitimación procesal cuando los derechos involucrados presenten los siguientes caracteres: "patrimoniales, puramente individuales, cuyo ejercicio y solicitud de tutela corresponde, en exclusiva a cada uno de los potenciales afectados" (*in re* "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/amparo", sentencia del 26/8/2003; "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/amparo", sentencia del 26/8/03; "Colegio de Escribanos de la Capital Federal c/EN. CMº E y OSPC (monotributo) dec. 885/98 s/amparo ley 16.986", sentencia del 7/10/2003; "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/E.N. - Mº E y OSP s/amparo, ley 16.986", sentencia del 7/10/03).

La AAAP no demuestra tampoco un derecho subjetivo o interés legítimo propio que lo habilite a instar el pleito. En efecto, dicha asociación no es el contribuyente del tributo que cuestiona y, en consecuencia, no

alega un perjuicio o lesión personal de derechos en relación a la resolución que impugna. En este aspecto, la sentencia de la Cámara omitió considerar argumentos planteados por el GCBA, que debieron ser atendidos por su seriedad, referidos al apartamiento de la normativa aplicable (art. 6º, CCAyT).

Precisamente, toda vez que no surge del Estatuto más que un poder genérico conferido a la AAAP para "peticionar ante los poderes públicos la adopción de medidas de interés general que beneficien la actividad publicitaria, o la reconsideración de aquellas que la perturben" no puede efectuarse una interpretación amplia con relación a las potestades que ese documento le otorga. Su ámbito de actuación está acotado a medidas que beneficien o perjudiquen los intereses generales de sus asociados, no de aquellos propios de la relación tributaria entre cada asociado y el Fisco.

Por último, es importante precisar que si bien la actora pudo introducir su petición en sede administrativa, aún como derivación directa del derecho básico de peticionar ante las autoridades, ello no significa que en sede judicial pueda admitirse la demanda, al verificarse la inobservancia de los requisitos mínimos en cuanto a la legitimación, que condicionan su admisibilidad.

7. En síntesis, voto en el sentido indicado en el punto 5, con costas a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja de fs. 65/78 fue interpuesta en tiempo y forma, y debe ser acogida favorablemente. En efecto, el recurso de inconstitucionalidad que ella defiende fue mal denegado por la cámara, toda vez que estuvo dirigido contra una sentencia emanada del superior tribunal de la causa, e involucró entre sus agravios cuestiones de índole constitucional que, a su turno, requieren solución judicial inmediata.

2. La CCBA organiza su judicatura instituyendo, al modo de otras de su especie, un Tribunal Superior, cuyas competencias establece en el art. 113, y facultando a la Legislatura a crear cargos de jueces y encomendarles resolver las causas del art. 106 según reglas de reparto por ella concebidas. No se encuentran entre dichas causas los conflictos de poderes ni las acciones declarativas de inconstitucionalidad, previstos, en cambio, en los incs. 1º y 2º del citado art. 113. Ambos supuestos exceden la jurisdicción prevista por el art. 106, CCBA, y ninguno de ellos responde al sentido generalmente aceptado de la voz "causa". Por otra parte, no constituiría una sana interpretación del juego de ambos artículos aquella que asumiera que conflictos de una misma especie, remitidos por la CCBA al Tribunal Superior, pudieran serlo por la ley a los jueces inferiores.

Conforme surge del escrito de demanda (fs. 86/120), la pretensión que la actora sometió a consideración de la justicia ordinaria de la CABA consiste en que "se declare la inconstitucionalidad del art. 2º de la resolución 1105-SHyF/01, norma de carácter general, que dispone que "por los ingresos provenientes de la gestión como intermediario, esto es, cuando el agente publicitario aparece colocado entre el locatario inicial (anunciante) y el medio, percibiendo de estos últimos las bonificaciones por volúmenes y la comisión respectiva y por todo otro trabajo igualmente remunerado corresponde la aplicación de la alícuota prevista para la actividad de intermediación, es decir, el 4,9 %, para la liquidación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos". La pretensión, entonces, consiste en dejar sin efecto, por opuesta a la CCBA y a la C.N., una norma general emanada de autoridad de la Ciudad, por lo que es de aquellas contempladas en el inc. 2º del art. 113, y su solución competiría a este Tribunal, si estuvieran reunidos los demás requisitos de una acción de esa naturaleza. La interpretación propuesta en relación con la pretensión del actor, se ve corroborada por la circunstancia de que, en su contestación de agravios, para sostener la legitimación que invoca, trae a colación precedentes de este tribunal dictados, justamente, en el marco de acciones declarativas de inconstitucionalidad (fs. 75). No varía lo expuesto la circunstancia de que el objeto de la asociación actora muestra palmariamente cuál es el móvil de su acción. Ello así, porque no obstante ese comprensible móvil, y el conjeturable interés jurídico de algunos o todos sus asociados por algunas o todas sus operaciones, lo cierto es que su pretensión no está dirigida a obligaciones tributarias concretas sino a las encuadrables en la ley. En otras palabras, a la ley misma.

En tanto la demanda no trae a consideración de los tribunales ordinarios de la CABA una causa en los términos del art. 106 de la CCBA, corresponde a este tribunal dejar sin efecto todo lo actuado, haciendo cesar la actuación del poder judicial por fuera de la competencia que constitucionalmente le fue asignada (conf. lo resuelto por este tribunal *in re* "Cabiche, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría General Tutelar - Ministerio Público s/otros procesos incidentales" en "Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría Tutelar s/impugnación de actos administrativos", expte. nº 3259/04, resolución del 9/2/2005).

3. Aunque lo dicho bastaría para archivar estas actuaciones, creo necesario, en beneficio del debate y por la importancia de los tópicos involucrados, abordar el tratamiento amplio de las razones que sostienen

la conclusión precedente. Para organizar la exposición, ordenaré las cuestiones del siguiente modo: *I)* Competencia del legislador para reglamentar el concepto de causa; *II)* Interpretación laxa de la pretensión esgrimida en autos; *III)* Paradigmas del sistema difuso: derecho de defensa y de propiedad (cosa juzgada); *IV)* La función administrativa y la judicial;

I. *Competencia del legislador para reglamentar el concepto de causa*

Incumbe a la Legislatura establecer las competencias y los procedimientos para que los jueces de mérito aborden la resolución de las causas a que se refiere el art. 106 de la CCBA (conf. su art. 107). Es decir que compete a la Legislatura reglamentar la noción misma de causa, lo que significa delinear el grado de concreción con que el conflicto puede ser abordado por los jueces, el desarrollo del debate, las calidades de quienes pueden instar la labor judicial, las modalidades de solución y de disposición preventiva para asegurarla, etc. No es omnímoda, empero, en el ejercicio de esta atribución. Debe asegurar, como mínimo, que todo derecho pueda recibir tutela judicial, pues así lo impone el art. 18 de la C.N., y, además, con las características propias de los arts. 31 de la C.N. y 14 de la CCBA, en los casos de que dichas normas se ocupan. Debe dar a las causas un trámite que respete el ejercicio de la defensa de las partes, la inalterabilidad de la cosa juzgada (*Fallos,* 310:1797, 311:495, 312:122 y 319:2527 entre muchos otros), y demás garantías y principios constitucionales. Resguardar el derecho de defensa de quienes no participan del debate, objetivo también impuesto por la C.N. y la CCBA, que obliga a diseñar los procesos de manera que la cosa juzgada no impacte sobre personas ajenas al litigio. Ello, supone que a medida que el legislador admite una legitimación más amplia que la de los estrictos derechos —como ocurre con la del art. 6º del CCAyT— ha de contemplar la situación de los legítimos interesados que no acuden a demandar. Asegurar que la decisión final adquiere la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial supone fijar reglas procesales que eviten que los jueces deban ocuparse prematuramente de los conflictos arriesgando que su evolución ulterior haga necesaria una nueva actuación judicial incompatible con la ya cumplida. Esta preocupación llevó durante mucho tiempo a evitar absolutamente la acción meramente declarativa, hasta que la evolución del pensamiento jurídico diseño un instrumento más preciso, haciéndola viable en tanto se limite a despejar la incertidumbre acerca de una relación jurídica concreta (una relación entre Cayo y Ticio, no una categoría de relaciones) y en tanto el accionante "no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente" a esa incertidumbre.(arts. 277, CCAyT y 322, CPCCN). Ello en resguardo

de la jurisdicción del juez, ya que, de no ser así, el actor podría someter una parte del conflicto, declaración acerca de una cuestión controvertida, a un juez, y la condena a dar o a hacer o no hacer, a otro. Es decir, prohíbe que sea empleada como modo de desvincular dos aspectos de un mismo conflicto, cuando éste es ya concreto.

Evitar que las decisiones de los jueces alteren el principio de división de poderes supone que las medidas que pueden decretar discurran en el ámbito de lo que no son medidas privativas de los órganos políticos, aun en los supuestos en que deben controlarlos. De ahí que sus soluciones deban corporizar en el caso concreto los "estándares susceptibles de ser descubiertos y administrados por los jueces" a que se refiere el precedente Baker v. Carr (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina fue recogida por la CSJN a partir del fallo "Zaratiegui Horacio c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/nulidad de decreto" (*Fallos,* 311:1191). Si en lugar de descubiertos y administrados, esos estándares fueran fijados por los jueces, éstos magistrados vendrían a violar la división de poderes y, en última instancia, el principio de la soberanía del pueblo del art. 33 de la C.N. al que remite el art. 10 de la CCBA. Ello así, porque en el marco de dicho principio compete al pueblo —sujeto protador de la voluntad general rusoniana— adoptar las reglas generales que ciñan las soluciones particulares.

Estos límites constitucionales provienen de la noción de causa y al mismo tiempo la explican (v. punto II.1.a).

II. *Interpretación laxa de la pretensión esgrimida en autos*

II.1. Aun cuando la pretensión esgrimida en autos fuera interpretada de un modo más laxo, buscando aproximarla a las que pueden ser materia de análisis en la instancia de mérito, subsisten impedimentos para remitirla al trámite dispuesto por la Cámara *a quo*. Las hipótesis de reformulación que trataré son: *a)* la asociación actúa en defensa de derechos subjetivos de sus miembros; *b)* la asociación actúa en defensa de intereses cuya protección le viene encomendada por su estatuto y *c)* la asociación plantea una acción declarativa de certeza (art. 277, CCAyT) para despejar la incertidumbre sobre el alcance de la obligación tributaria que origina una de las modalidades de la actividad publicitaria, declaración que exige como presupuesto de derecho, analizar la validez constitucional de la resolución 1105-SHyF/01. Téngase en cuenta que estás hipótesis no son excluyentes unas de otras.

II.a) *Derechos individuales en juego*

II.a.1. Tomemos, en primer término, la hipótesis utilizada por el *a quo* según la cual la demandante actúa en defensa de los derechos subjeti-

vos de sus asociados, asumiendo su representación procesal. En dicho orden de ideas, los fundamentos expuestos en la resolución en crisis son acertados en cuanto afirman que "para que exista [una 'causa contencioso administrativa' en los términos previstos en el CCAyT] es necesaria la existencia de un caso contencioso, esto es, una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos [...], quedando excluidas las meras consultas y las peticiones de declaraciones generales", y que "es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se trata de las causas de carácter contencioso a las que se ha definido como '...aquellas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (doctrina de *Fallos*, 156:318, consid. 5º, p. 321)'". Y por ello, no se da una causa o caso contenciosos (...) cuando se procura (...) la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (ver el puntos IV y V del voto de los Dres. Carlos F. Balbín y Esteban Centanaro a fs. 26 vta. y 27).

No obstante, no veo acreditado que exista un caso contencioso consistente en la defensa del "derecho a la propiedad comprometido en el marco de las relaciones jurídicas tributarias" de los miembros de la asociación actora, representados en juicio por esta última, conforme la facultan sus estatutos —extremo este del alcance del estatuto, sobre el que no corresponde emitir juicio alguno en esta instancia, por tratarse de una cuestión de hecho propia de los jueces de mérito, cuya solución no fue objetada— (ver fs. 29 vta., puntos XI y XII, del voto citado). Ello así, porque el "derecho de propiedad comprometido en el marco de relaciones jurídico tributarias", a que se refiere la sentencia, no constituye una relación jurídica en concreto como requiere el concepto de causa, conforme la doctrina citada de la CSJN, sino que constituye una categoría abstracta que puede ser llenada por un sinnúmero de relaciones jurídicas concretas, no especificadas en estas actuaciones: todas aquellos supuestos de efectiva ocurrencia de lo que el art. 2º cuestionado clasifica como sujeto a la alícuota del 4,9 %. Es la diferencia que hay entre discutir si la suma facturada por la agencia A al anunciante B por el aviso del día 2 en el medio C que financió la operación está sujeta a esa alícuota o si todo 'x' que reúna la característica de constituir intermediación debe recibir ese tratamiento. Esta visión coincide con la que contiene la contestación del traslado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, donde la actora reconoce que "aquí no se discute —vale reiterarlo— la procedencia o el alcance de la obligación tributaria, sino la inconstitucionalidad de una norma interpretativa del Poder Administrador que lesiona derechos constitucionales garantizados a los miembros de la AAAP, que como entidad que voluntariamente los nuclea, está jurídicamente legitimada para instar la acción" (ver fs. 137).

En tales condiciones, la pretensión admitida brinda a estas actuaciones un objeto incompatible con la función que el art. 106, CCBA remite a jueces en cumplimiento de los mandatos contenidos en los arts. 5º y 18 de la C.N. Mientras que, si en autos estuvieran en juego relaciones jurídicas concretas, la sentencia definitiva determinaría la validez o invalidez de determinaciones tributarias o, si se prefiere el correcto encuadramiento de obligaciones tributarias originadas en servicios efectivamente facturados por agencias de publicidad, una eventual sentencia estimativa desvinculada de tales relaciones, provocaría alguna de estas consecuencias: *i)* al adquirir valor de cosa juzgada, vendría a conceder a los miembros representados por AAAP (no a toda la categoría de agencias de publicidad) un status especial frente a las normas o, *ii)* la sentencia quedaría sujeta a una condición resolutoria, ya que el particular dispositivo que declarara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada vendría a decir: ha lugar a la demanda y declárase, en consecuencia, que determinada categoría de actividades de las agencias de publicidad accionantes, no están alcanzadas por el art. 2º de la resolución 1105/01 mientras no sea modificado el cuadro normativo; establecer cuándo se verifica ese cambio sería materia de nueva decisión judicial.

Una potestad con tal alcance resulta a todas luces ajena a la función jurisdiccional y se asemeja a la obtención de una inmunidad o fuero personal (conf. voto Casas, Lozano *in re* "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'" (expte. nº 4756/06) resolución del 14/7/2006). Además, proyectaría efectos distorsivos del sistema judicial, por otorgar al pronunciamiento, para evitar males mayores, una autoridad de cosa juzgada mitigada. A diferencia de la regla en la materia, aun cuando la sentencia quedara firme, podría ser modificada por un cambio normativo.

Para lo que ahora importa, resulta central advertir que los problemas jurídicos que los jueces resuelven con fuerza de verdad legal y valor de cosa juzgada, son los que se suscitan a propósito de casos o causas (art. 106, CCBA). La línea que sirve para distinguir los problemas jurídicos de las controversias justiciables queda trazada, en la práctica, por la pretensión esgrimida en la demanda. La declaración autónoma de inconstitucionalidad de una norma no es, dentro del sistema difuso, un contenido posible de las pretensiones que impulsan los pleitos. En realidad, aquélla solo opera como fundamento jurídico para definir la suerte del derecho en disputa y permite al juez dejar de aplicar el precepto inconstitucional a la relación jurídica involucrada en el juicio. Ello, sin desconocer el efecto magistral que tienen cuando son pronunciadas por tribunales de la máxima jerarquía (*Fallos,* 307:1094, 323:2323, entre otros, y Cooper v. Aarón 358 U.S 1).

Toda pretensión debe estar referida a una relación jurídica concreta, entre personas determinadas y cuyo objeto sean prestaciones también determinadas, sobre las que operará la sentencia, asegurando así que no lo hace sobre la norma general cuya emisión y mantenimiento incumben a otro órgano. La cosa juzgada como nota distintiva (en el sentido de exclusiva) de la función judicial no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas. Una solución contraria menoscabaría indefectiblemente el principio de división de poderes. Para ilustrar el punto recurro a estos ejemplos en los que la sentencia se desvincula, en mayor o menor medida, de alguna relación jurídica tutelable:

i) Hacer lugar a la demanda y condenar a la accionada a que cumpla con la ley 'x' en tanto ordena 'z'; sin que surja de la ley la voluntad del legislador de otorgar una acción para reclamar el cumplimiento de la ley. En esta hipótesis la máxima rigidez (inmutabilidad) que dimana de la cosa juzgada, vendría a dar estabilidad absoluta al contenido de la ley que ordena cumplir, materia que no podría sufrir modificaciones, en contra de la natural mutabilidad de la legislación, con un obvio recorte del poder atribuido por la constitución al legislador como depositario de la voluntad del pueblo. Para superar este problema, si la sentencia quedara firme, habría que soslayar el principio de no contradicción y atribuirle solo un poco de la autoridad que dimana de la cosa juzgada. Así, conjurar prioritariamente el peligro de sustraer la elección de las políticas de gobierno del órgano que representa la voluntad popular a favor del criterio que los jueces expresen en sus sentencias, provocaría la creación de un sub sistema judicial en el que algunas sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada no se incorporarían al patrimonio con las características del derecho de propiedad;

ii) hacer lugar a la demanda con base en la declaración de inconstitucionalidad del régimen de cobro de impuestos previsto por la ley 'x' eximiendo a los actores del cumplimiento de dichos tributos al grupo 'y'. La sentencia se refiere a situaciones jurídicas futuras (indefinidas, eventuales, inciertas) en contra del deber constitucional que impone a los jueces expedirse a propósito de causas concretas (art. 106, CCBA) y, nuevamente, de quedar firme tendría una estabilidad mitigada porque un cambio normativo podría tornarla ineficaz. Cierto es que a veces al incluir la declaración de inconstitucionalidad en el dispositivo queda oscuro cuál es el alcance que efectivamente quiso dar la CSJN a su pronunciamiento. Empero, aquellos supuestos en los que insisten en encontrar la presencia de relaciones jurídicas concretas (determinaciones tributarias por ejemplo), hace concebible que el correcto alcance de la solución sea leído a la luz del objeto de la causa referido en el resto de la sentencia.

Atribuir a los jueces un poder omnímodo lejos de fortalecerlos en su tarea los debilita, porque su poder de imperio reside en tener capacidad para ejecutar sus sentencias y hacerlas cumplir. Dentro de los casos o causas sometidos a su jurisdicción el poder de los jueces será tan vigoroso como lo exija el derecho tutelado. Fuera de ese ámbito las condenas ignoradas o imposibles de cumplir provocarán frustración, desazón y descreimiento en aquellos empujados a albergar falsas expectativas.

II.a.2. En línea con lo anterior en *Fallos,* 326:2998 y 3007, la CSJN al referirse a la legitimación de asociaciones para promover la defensa de derechos subjetivos de sus miembros (en un caso se requirió la declaración de inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución fiscal establecido en la ley 11.683 y en el otro se accionaba a favor de un sector de asociados que por sus bajos ingresos anuales tenían cerrado el acceso al régimen de los responsables no inscriptos frente al impuesto al valor agregado, exclusión que estimaban violatoria del art. 16 C.N.) sostuvo que la acción orientada a proteger "derechos de carácter patrimonial, puramente individuales (...) corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, ya que (...) la protección de estos derechos se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la C.N. // (...) el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto (...). Tal recaudo debería verificarse individualmente en cabeza de cada uno de los supuestos afectados, dada la índole subjetiva del derecho que se pretende tutelar, no se encuentra cumplido en el caso de autos". Haciendo propios tales conceptos, dijo la Dra. Argibay: "El giro que imprimen las decisiones señaladas consiste precisamente en poner cierto orden metodológico en el tema, pues se condiciona el reconocimiento de la legitimación individual o colectiva al hecho de que la acción esté dirigida a la protección de un bien o interés que no sea patrimonial, o, más propiamente, individual. De este modo, primero debe determinarse el carácter individual o no del bien o interés a proteger y, luego, el universo de sujetos autorizados a promover la actuación de la justicia a ese fin" (conf. "Mujeres por la vida..." ya citado).

Trasladado a la situación de autos, ello implica que cada miembro de AAAP debería identificar por lo menos una operación publicitaria alcanzada por la norma que, a su criterio, vulnera el derecho que las asiste a recibir un tratamiento fiscal diverso; eso, para que existan situaciones jurídicas concretas sobre las que operaría la sentencia. Empero, según que-

dó dicho al comienzo, la pretensión esgrimida por la actora se circunscribe a requerir la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º de la resol. 1105/01.

II.b) *Derechos de incidencia colectiva*

II.b.1. La asociación actora sostiene que "los derechos de incidencia colectiva no se limitan a 'un sector difuso de la población' donde no se sabe con exactitud cuáles son todos los afectados, sino que también comprenden y tutelan derechos de sectores muy concretos, como en el presente caso, los derechos de las Agencias de Publicidad asociadas" (fs. 137 vta.). Postula, entonces, que actúa en defensa de intereses cuya protección le viene encomendada por su estatuto.

Las reglas que definen la existencia de legitimación procesal varían según que la pretensión articulada en el pleito involucre i) *derechos individuales,* ii) *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o* iii) *derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos*. En todos los supuestos la noción de caso es necesaria pero tiene, en cada uno de ellos, su configuración particular. Así lo desarrollaron, en lo que ahora importa, los votos de los Dres. Lorenzetti y Argibay en autos "Mujeres por la Vida —Asociación Civil sin Fines de Lucro— filial Córdoba c/E.N —P.E.N— Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo" (M. 970. XXXIX, sentencia del 31de octubre de 2006). Aunque los jueces mencionados integraron la minoría en la referida causa, los conceptos aquí considerados no aparecen rebatidos por la mayoría que, en todo caso, discrepó al evaluar su aplicación a las circunstancias del expediente, lo que permite aprovecharlos en un plano más general.

Si bien creo que, en materia de legitimación, las categorías mencionadas pueden ser insuficientes para describir las empleadas en las normas locales, en cambio, ellas bastan al propósito del que aquí me ocupo.

II.b.2. Para el primer grupo i) *Derechos individuales*: la regla es que ellos son ejercidos por el titular, su disposición es voluntaria y siempre requiere prueba del daño o lesión sobre el derecho invocado.

Para el segundo ii) *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*: la regla es que ellos son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Empero, la pretensión necesariamente tiene que tener por objeto la tutela de un bien colectivo (indivisible), diferente de la protección de bienes individuales (patrimoniales o no patrimoniales abarcados por el grupo anterior) por lo que la sentencia no reporta beneficio directo para el individuo que ostenta legitimación.

Para el tercero iii) *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*: la regla exige al promotor que los derechos individuales afectados sean divisibles, lesionados por un hecho único o complejo que afecta a una pluralidad relevante de sujetos, y que la pretensión quede concentrada en los elementos homogéneos del grupo afectado y no en el daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera particular. Para que opere la legitimación expandida, será necesario además, demostrar que se trata de un grupo para el que la defensa aislada de sus derechos no sería eficaz, mientras que sí lo sería el planteo colectivo.

En tal sentido, el voto del Dr. Lorenzetti señala: "Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud. Por esta razón es que los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular (…)" en cambio "…la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al defensor del pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y (…) ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular", finalmente, cuando se pretende la protección de derechos de incidencia colectiva referida a derechos individuales homogéneos deben concurrir varios elementos, el primero "…es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. // El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. // El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (…)".

Por su parte, explica la jueza Argibay "…la determinación de si la parte actora se encuentra o no legitimada para actuar en el juicio por ella promovido no puede llevarse a cabo de manera aislada, separada del inte-

rés que en el caso concreto se pretende proteger con la interposición de la demanda. Ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según cuál sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección o remedio judicial (…)". En relación con la legitimación colectiva prevista en el art. 43 de la C.N., agregó: "…dicha habilitación no había sido prevista para la defensa de cualquier derecho, sino de los mencionados en la cláusula, pues la tutela de los puramente individuales debía estar a cargo de sus titulares (…)cuando se trate en general de un 'derecho de incidencia colectiva' (…), corresponderá a los jueces determinar, con mayor cuidado que en los casos especiales antes mencionados, si efectivamente se busca la protección de un bien o interés colectivo o si, en cambio, se trata de derechos individuales cuya protección corresponde, en principio, a sus titulares. En esta tarea el juez debe formarse su propio juicio a partir de los hechos descriptos en el escrito de demanda y el alcance de la sentencia que se pide". También señala que "…serán públicos o colectivos aquellos bienes o derechos cuyo uso y goce por una o varias personas no es excluyente del uso y goce de todas las demás. De tal modo, la lesión que se ocasione a este tipo de bienes constituye al mismo tiempo una lesión al derecho que todas las personas tienen sobre él. Este carácter indiviso o inclusivo de su aprovechamiento es un rasgo distintivo de los bienes colectivos (…) Sin perjuicio del señalado carácter común de los bienes colectivos, no cualquier persona se encuentra facultada para requerir la intervención de los tribunales en su defensa. El art. 43 de la C.N. no ha instaurado una acción popular sino que se refiere a ciertas asociaciones, al Defensor del Pueblo y al afectado. Ahora bien, independientemente del régimen al que cada uno de estos sujetos deba ajustarse en la defensa de intereses colectivos, es indudable que no están habilitados para la defensa de intereses individuales. Hay razones poderosas, además de la letra del art. 43 citado, para sostener esta restricción.// La principal de estas razones es que los intereses individuales de las personas respecto de un determinado acto o hecho pueden no coincidir: no todos son dañados por ese acto e incluso algunos pueden verse favorecidos. Por lo tanto, no siempre se justifica tomar respecto de todos esos intereses divergentes una decisión común. Un fallo judicial que afecte a todo un universo de individuos en sus derechos personales y que no haya oído a cada uno de esos afectados, habrá vulnerado el derecho de todos ellos al debido proceso de ley, es decir, a la defensa en juicio de sus derechos (art. 18 de la C.N.). Después de todo, al ejercer (o no) las acciones judiciales autointeresadas para las que el titular de un derecho individual está constitucionalmente

facultado, muy probablemente con ellas se busca un estado de cosas diferente al que resultaría de una decisión judicial iniciada por un tercero en su nombre pero que no responde a su mandato. En cambio, respecto de los bienes colectivos, al no ser susceptibles de asignación o apropiación individual, nadie podrá invocar un derecho a una decisión judicial diferente, pues no estaban en juego sus derechos individuales".

II.b.3. La pretensión esgrimida en autos no encuadra en el grupo identificado como (ii) porque la tutela requerida no concierne interés colectivo alguno en tanto persigue en definitiva determinar la cuantía de un impuesto. Tampoco está comprendida en el (iii) dado que —al margen de otros reparos— no hay un interés individual homogéneo en cabeza de los integrantes de la asociación actora, ni razones para estimar ineficaz la acción individual prevista en el régimen tributario general (v. gr. Código Fiscal). No todos los asociados a la Cámara tendrán actividad de la contemplada en el art. 2º de la resolución o, no todos la tendrán en igual medida, razón por la cual su interés en el resultado del pleito no es homogéneo. Más aún, algunos podrían preferir la derrota como modo de mejorar su posición relativa en un mercado presumiblemente competitivo. En tales condiciones, no puede darse por descontado el interés de la asociación en promover el litigio.

Por supuesto tampoco se verifican, como ya quedo dicho (v. punto II.a.1.) los presupuesto del grupo (i) porque la Asociación *per se* no traba las relaciones jurídicas alcanzadas por la normativa tributaria que discute. Y, si pudiera aceptarse que la Asociación recibió mandato para litigar en defensa de los derechos subjetivos de sus miembros, tampoco identifica la pretensión cuáles son las relaciones jurídicas respecto de las que operaría la sentencia. Esa omisión impide considerar que el planteo formulado constituye una causa.

II.b.4. Con un alcance más general, diré que las situaciones sobre cuya base es posible erigir legitimaciones colectivas no pueden, como principio, ser empleadas para eliminar la disponibilidad que tienen las personas sobre sus derechos individuales. Vaya este ejemplo: En Block v. Community Nutrition Institute (467 U.S. 340) se discutió si tres consumidores estaban legitimados para impugnar una resolución administrativa regulatoria del precio de la leche. La Corte Suprema de los EE.UU., tras reafirmar el principio *pro actione*, entendió que la circunstancia de que la ley sólo contemplaba posibles reclamos de los productores de leche y las usinas lácteas era suficiente para estimar implícitamente vedada la tutela judicial a los consumidores, no obstante la regla general de la Adminis-

trative Procedure Act que asegura esa protección a quienes ostentan un interés dentro de la zona atendida por la ley. Más allá de las reflexiones vertidas en el fallo, me parece imposible de soslayar que, en ausencia de regulación, el precio habría podido ser libremente fijado por acuerdo entre productor y usina, esto es, sin intervención del consumidor. En esas condiciones, en que el consumidor no participa en el establecimiento del precio entre productor y usina, la ley que facultaba la regulación no podía ser interpretada como acordando al consumidor una disponibilidad sobre ese precio mayor que la que tendría ausente dicha norma. Dicho en otras palabras, la ley restringía los derechos de usina y productor, pero no ampliaba los del consumidor.

Esta situación en que posibilitar la impugnación de un acto administrativo o aplicación de una reglamento a quienes tienen un interés restringe la disponibilidad de quienes tienen uno más próximo es habitual. Sin ir más lejos, quienes contratan a las agencias de publicidad de nuestro caso tienen interés en que estas paguen menos impuestos por el ingreso originado en la operación. Pero ese interés no basta para desplazar o complementar al de esas agencias. No, mientras el orden jurídico les confiera el poder de fijar su precio y aceptar sus costos.

En el caso que nos ocupa, la disponibilidad asiste a cada agencia y no hay razones para suponer que la han renunciado al agremiarse.

II. c) *Acción declarativa de certeza*

II.c.1. Asumir que la asociación actora plantea una acción declarativa de certeza, para despejar la incertidumbre sobre el alcance de la obligación tributaria que originaría una de las modalidades de la actividad publicitaria, declaración que requiere como presupuesto de derecho analizar la validez constitucional de la resolución 1105-SHyF/01, presenta dos problemas. El primero: las acciones determinativas de derechos (v. gr. art. 277 del CCAyT) pueden incluir un planteo incidental de inconstitucionalidad pero, siempre requieren un vínculo jurídico (relación jurídica) cuya existencia, modalidad o alcance definirá la sentencia. Esto último, y no la declaración de inconstitucionalidad, constituye el objeto de la demanda. Explica Chiovenda que la causa de la acción "por regla general se divide (...) en dos elementos: una relación jurídica y un estado de hecho contrario al derecho" y que, cuando se la ejerce para obtener un pronunciamiento meramente declarativo, el objeto de sentencia es la relación jurídica concreta, concepto que grafica con un ejemplo: "no se puede actuar para la declaración de la ley en abstracto aplicable a una sucesión, se debe obrar por el contrario, pidiendo que se declare si Ticio y Cayo son herede-

ros, y la cuestión de la ley aplicable constituirá una premisa, no el objeto de la declaración (...) Una acción dirigida a la declaración de uno de estos hechos jurídicos debe interpretarse como dirigida en realidad a la declaración de la relación" (conf. Chiovenda, Giuseppe: *Curso de derecho procesal civil*, traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonzo, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pp. 17 y 98/99).

La demanda de autos no puso a consideración de los jueces de mérito ninguna relación jurídica —entendida como "un vínculo entre varias personas en mérito del cual una de ellas está facultada o tiene el derecho de exigir algo que la otra debe cumplir" (Aftalión, Enrique R.: *Introducción al derecho,* 8ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 680)—, en cambio solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una norma para una categoría de relaciones jurídicas hipotéticas. Una acción declarativa de certeza desvinculada de relaciones jurídicas concretas es inadmisible como objeto de una causa.

II.c.2. De todos modos, aun cuando fuera posible identificar aquellas relaciones jurídicas concretas respecto de las cuales la sentencia produciría efectos, el proceso de autos todavía debería superar otra exigencia. Este es el segundo problema: la actora debería mostrar por qué el régimen diseñado por el legislador para la materia tributaria no sería capaz de brindar tutela efectiva a los derechos en juego, cuya protección exigiría, entonces, utilizar la acción de certeza (art. 277, CCAyT). Mientras que la ley 189 (CCAyT) contiene el modo en que el legislador definió el concepto de causa para el proceso contencioso administrativo en general, el Código Fiscal, reglamenta de manera especial el concepto de causa para la materia tributaria. Las condiciones de hecho y derecho exigidas por el legislador para que una cuestión de índole tributaria, tenga la madurez necesaria para configurar una controversia sujeta a decisión judicial, provienen del Código Fiscal que, como norma especial, desplaza a la general. De manera coherente con ello, el art. 277 dispone que "Puede deducirse demanda que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al/la actor/a y éste/a *no dispusiere de otro medio legal* para ponerle término inmediatamente". La acción de certeza opera, en el sistema, como un proceso subsidiario y exige demostrar la inexistencia o ineficacia de los cauces legales específicos, como en el caso, los dispuestos por el C.F. Una solución contraria permitiría, en lo que ahora importa, sortear el procedimiento fiscal, eliminado

en la práctica las previsiones legales al respecto sin que haya sido planteada su inconstitucionalidad. La demanda tampoco satisface esta exigencia.

Vale aclarar que las acciones de certeza que en materia fiscal tramitan ante la CSJN en instancia originaria, justamente, no desplazan vías especiales. En realidad, en ellas se controvierte la validez de tributos locales por razones federales y ante la ausencia de mecanismos en el orden federal para repetir tales impuestos, la acción de certeza representa el único medio para poner término a una incertidumbre que pesa sobre la relación tributaria discutida antes de pagar el impuesto y acudir a su repetición. Podría dudarse del acierto de desplazar los procesos provinciales, pero no de que no existen otras vías distintas de ésta y la repetición, según haya sido oblado o no el tributo, para discutirlo.

III. *Paradigmas del sistema difuso: derecho de defensa y propiedad (la cosa juzgada)*

La accionante es una asociación que agrupa agencias de publicidad que, presumiblemente, tendrán posibilidad de actuar dentro de las previsiones del art. 2º de la resolución impugnada. Empero, no lo es ella misma, es decir, que no está ejerciendo un derecho propio. Tampoco obra en pos de un interés de índole difuso o derecho de incidencia colectiva. Por el contrario, la actividad que atribuye a sus asociados hace nacer en ellos una obligación tributaria y, consecuentemente, un derecho subjetivo a invocar la reserva de ley para acceder a la cuantía de tributación que entiende les corresponde, ya sea que les asista o no razón en dicho planteo.

En el contexto de lo dicho, permitir a la AAAP la promoción de esta demanda supone posibilitar que a la acción que podrían promover sus asociados incursos en el hecho imponible se agregase ésta, también dirigida a la tutela de su derecho. Si se admitiese que la sentencia desestimatoria, que podría recaer en el sub lite, hiciera cosa juzgada para los hechos imponibles de esos asociados, quedaría desbaratado su derecho de defensa. Si, por el contrario, no les fuere oponible, el Fisco quedaría expuesto a una doble chance de ser derrotado. Si no resultare vencido por la Asociación, todavía podría serlo por el asociado responsable del impuesto. Finalmente, si los asociados no pudieren invocar la cosa juzgada el fallo no serviría a nadie, ya que, por hipótesis, la Cámara no está sujeta al tributo.

Para Couture "[e]l objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada. Este contenido no pertenece ni a la función legislativa ni a la función administrativa (...) La cosa juzgada es, en este orden de elementos, la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional (Couture, Eduardo J: *Fundamentos de derecho procesal civil,* 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 43).

IV. *La función administrativa y la función judicial*

El alcance que la actora atribuye a los antecedentes administrativos que precedieron este pleito, aconsejan formular la siguiente aclaración. El objeto, la finalidad y, en última instancia, la índole de las competencias que presiden el control administrativo lo distingue tajantemente del judicial. La competencia del órgano administrativo controlante no está condicionada al requerimiento del administrado. Es por ello que la Administración puede exceder ese requerimiento, condonar la mora de la presentación, o, en lo que más nos interesa, admitir que la petición le venga formulada por quien no es el interesado principal en el control. Esa petición —recurso o reclamo— obra como estímulo para activar el control antes que como su condición necesaria. En tales condiciones, la admisión de un planteo en sede administrativa no empece al desconocimiento de su legitimación en sede judicial. En otras palabras, para lo que aquí importa, la tramitación en sede administrativa de un reclamo contra un acto de alcance general, desvinculado de actos de aplicación individual (art. 91, LPACBA) —como el instado por la AAP y finalmente rechazado por el dec. 1042/02— no constituye un antecedente apto para determinar automáticamente la correlativa procedencia formal de un proceso judicial que albergue una pretensión idéntica a la instada en sede administrativa. En el ámbito del reclamo administrativo, a diferencia de lo que ocurre en la vía recursiva, la Administración puede atender el más amplio espectro de peticiones; allí la invocación de derechos subjetivos o intereses legítimos identifica a las categorías que tienen garantizado el acceso al procedimiento (arts. 91/92, LPACBA), aunque ellas no agotan el elenco de quienes podrían ser escuchados por la Administración en relación con la legitimidad, oportunidad, mérito o conveniencia de un reglamento. También podría la autoridad administrativa modificarlo de oficio. En cambio, los jueces cuya competencia se suscita a propósito de causas (art. 106, CCBA) tienen potestad jurisdiccional exclusivamente para controlar la legitimidad de los actos administrativos que resuelven el reclamo previsto en el art. 91 de la LPACBA, cuando la pretensión esgrimida por el accionante configure una causa (la noción de causa fue tratada en el punto II.a). Resulta indisputable que el art. 3º del CCAyT, inc. 2º, debe ser leído en armonía con el art. 106 de la CCBA y no como un modo de atribuir poderes a la rama judicial al margen de la distribución prevista por el constituyente.

V. *Colofón*

En definitiva, ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no

legitimación según cuál sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el cual requiere protección o remedio judicial (conf. consid. 4º del voto de la Dra. Argibay *in re* "Mujeres..." ya citado). Las Asociaciones no son una categoría inmune a esta regla. Por otra parte, la ley será el instrumento dónde el juez debe encontrar la voluntad certera dirigida a otorgar acción para reclamar, en sede judicial, la tutela pretendida en la demanda. En ese marco, el sistema difuso garantiza que nadie con mejor derecho que el litigante de la causa verá menoscabado su derecho de defensa ni quedará alcanzado por la estabilidad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En el régimen republicano, la constitución otorga a cada rama de gobierno las potestades necesarias para el ejercicio eficaz de sus competencias y, al propio tiempo, diseña las funciones con características tales que, en lo que ahora importa, la judicial controla las medidas de gobierno sólo cuando estas afectan derechos protegidos por el ordenamiento. Así, "[l]a sentencia no es (...) sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo con las previsiones de la ley. El juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley y se lance con su programa legislativo propio" (Couture, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, "La Constitución y el proceso civil", 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 80).

Por todo lo dicho voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, anular todo lo actuado y ordenar por quien corresponda el archivo de las presentes actuaciones. Las costas de todas las instancias se imponen a la vencida.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 65/79.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala I de la Cámara de Apelaciones para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXXI

"DOSCH, SANDRA ELENA Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Objeto. Control de constitucionalidad concentrado y en abstracto. Procedimiento. Ley 402. Requisitos. Identificación de una norma infraconstitucional de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Art. 69, último párrafo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Intervalo de cuatro (4) años para que los diputados reelectos puedan postularse nuevamente.

Expte. nº 5199/07 - 26/3/2007

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

Sandra Elena Dosch, Jorge Alberto Giorno, Jorge Daniel Mercado y Vilma Ana Ripoll se presentan en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, y promueven acción declarativa de inconstitucionalidad "contra la interpretación literal del art. 69 de la CCBA, por vulnerar —en la especie— los arts. 16 y concordantes de la C.N. (C.N.), los arts. 11 y concordantes de la CCBA y el art. 23 de la CADH" (fs. 19/28 vta.)

Explican que en dos oportunidades consecutivas han ocupado el cargo de legisladores de la Ciudad de Buenos Aires. La primera vez entre el 8/8/2000 y el 10/12/2003, y la segunda, al ser reelectos para ejercer su mandato, a partir de esta última fecha y hasta el 10/12/2005 con motivo del sorteo efectuado para permitir la renovación parcial que prevé el art. 69, CCBA.

Afirman que, en consecuencia, ninguno de los actores completó dos mandatos consecutivos de cuatro años cada uno, sino uno de "casi" cuatro años y otro tan solo de dos. A partir de ello sostienen que la aplicación de la exigencia del último párrafo del artículo citado —*[S]i fueren reelectos no pueden ser elegidos para un nuevo período sino con el intervalo de cuatro años*—, produce una "discriminación inconstitucional" y los coloca en una situación "injusta y violatoria del principio de igualdad" en relación "a aquellos que hayan cumplido dos mandatos consecutivos de cuatro años cada uno".

Para fundar su conclusión se extienden en diversas consideraciones acerca de las vicisitudes del camino recorrido hacia la autonomía de la Ciudad establecida en la reforma de la Constitución Nacional de 1994, de las cláusulas transitorias cuarta y sexta del plexo normativo fundamental porteño, de la ley local nº 124, de los "mandatos recortados" de los legisladores de las dos primeras legislaturas de la Ciudad, y de la "situación particular" de los actores.

Se explayan acerca de la discriminación y el derecho constitucional de los derechos humanos, citan doctrina y jurisprudencia, ofrecen como prueba documental "copias autenticadas de [sus] designaciones como legisladores para dos mandatos consecutivos, el último de los cuales finalizara el 10/12/2005" (fs. 28), y concluyen con la petición de que se "dicte sentencia estimatoria declarando la inconstitucionalidad —en la especie— de un plazo superior a 2 años para tener por cumplido el intervalo establecido en el art. 69, *in fine*, de la CCBA, quedando habilitados asi los actores para presentar su candidatura al cargo de legisladores para las elecciones generales porteñas del próximo 3 de junio, dentro de los plazos que establece la ley" (fs. 28 vta.)

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Los actores están legitimados para interponer la demanda de inconstitucionalidad que prevé el art. 113, inc. 2º presentación adolece de defectos insalvables que obstan a su admisión.

2. La parte actora no identifica una norma infraconstitucional de alcance general emanada de las autoridades de la Ciudad que colisione con la Constitución de la Ciudad y/o con la Constitución Nacional.

En efecto, solo se refiere puntualmente a una norma de la propia Constitución de la Ciudad: el último párrafo del art. 69, que prevé para los diputados reelectos un plazo de espera de 4 años para poder postularse nuevamente, que considera inconstitucional en la "especie".

Respecto a planteos de esta naturaleza, ya ha explicado el Tribunal *in re* "Bandieri, Luis María y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y su acumulado expte. nº 4796/06, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4795/06, resolución del 1º/11/2006, que "[l]a ADI, no resulta un proceso apto para revisar normas constitucionales. El art. 113, inc. 2º la reserva para el examen de validez de '[...] leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta

Constitución. [...]'. En tal sentido, el Tribunal *in re* "Losa, Néstor Osvaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa y de inconstitucionalidad" (expte. nº 48/99, sentencia de este Tribunal del 16/7/1999) resolvió que '[e]l cuestionar por inconstitucional una cláusula de la misma Constitución resulta manifiestamente imposible por la vía de la acción prevista en el art. 113,2, de la CCBA (control abstracto). En efecto, no podría este Tribunal restarle vigencia general a una regla de la CCBA, esto es, anteponer su voluntad a la misma Convención Constituyente, pues ello está, a todas luces, fuera de su competencia y de su poder, conforme al texto del art. 113, 2.[...]'".

Aun vista la cuestión desde el ceñido ángulo al que la accionada pretende restringir la declaración de inconstitucionalidad que pide, es decir el de la "interpretación literal del art. 69" de la Constitución local —ver fs. 19, "objeto"—, el planteo resulta inadmisble bajo las reglas de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Ello es así en la medida de que dicha expresión de manera alguna identifica un precepto de alcance general contenido en una ley, un decreto u otra norma emanada de las autoridades de la Ciudad que colisione con las constituciones local y/o nacional, como lo exige el art. 113, inc. 2º, CCBA y el art. 17 de la ley 402.

3. Por otra parte, desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y que no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss., y "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 577/00, resolución del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 426 y ss., entre otros).

Cabe agregar que la ley 402, al reglamentar la acción, no modificó el criterio doctrinario reseñado.

En el *sub examine*, de la simple lectura del escrito inicial se aprecia de manera clara que lo que se trae a conocimiento del Tribunal es la situación jurídica concreta y particularizada de los actores, que refieren que han sido diputados durante los dos períodos que detallan y que quieren ser nuevamente candidatos para las elecciones del 3 de junio del corriente año.

Esta característica de la demanda, que también obsta al andamiento de la vía procesal escogida, se advierte palmariamente de los párrafos primero, tercero, cuarto y quinto del acápite "II. Hechos y antecedentes" (fs. 19 /20); párrafo octavo del apartado "II.1 Las dificultades que debió enfrentar el proceso que llevó a la autonomía porteña" (fs. 20 vta.); punto II.4 La situación particular de los actores" (fs. 22 vta./ 23 vta.); párrafos primero y cuarto al octavo del punto "III.1 La cuestión constitucional a ser dilucidada" (fs. 23 vta./ 24 vta.); de la prueba documental ofrecida y acompañada (las copias de las designaciones de los actores para los dos mandatos consecutivos que refieren) —fs. 28— y, específicamente, del petitorio que formulan (ver fs. 28 vta): que "se dicte una sentencia estimatoria declarando la inconstitucionalidad—en la especie— de un plazo superior a 2 años para tener por cumplido el intervalo establecido en el art. 69, in fine de la CCBA, quedando habilitados así los actores para presentar su candidatura al cargo de legisladores para las elecciones generales porteñas del próximo 3 de junio, dentro de los plazos que establece la ley" (el resaltado me pertenece).

4. Finalmente, merece un párrafo aparte la celeridad que han pretendido los actores que se otorgara al trámite de esta acción, "de manera de impedir que la causa se torne abstracta" (fs. 19 vta).

Ante ello debe destacarse que el camino procesal escogido es, naturalmente, contradictorio con cualquier urgencia. El procedimiento reglado por la ley 402 es acorde con la importancia de la finalidad del instituto: la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general, en abstracto y con efecto *erga omnes*. Para ello el legislador ha previsto una etapa previa de admisibilidad en la que el Tribunal tiene un plazo de 30 días para expedirse. Superada esa instancia está contemplado un traslado al Gobierno de la Ciudad por un término similar y una posterior vista al Ministerio Público Fiscal por 10 días. Tras ello, la ley exige realizar una audiencia pública dentro del plazo de 40 días para recién —y también con el tiempo suficiente— llegarse al dictado de la sentencia que haga lugar o rechace la pretensión de inconstitucionalidad. Esta somera descripción de los tiempos que insume el trámite ordinario de una acción declarativa de inconstitucionalidad —en la hipótesis de que supere la primera etapa de admisibilidad— pone en claro que, aun cuando el Tribunal decidiera acortarlos, difícilmente se arribaría a una sentencia dentro del plazo pretendido por los accionantes.

5. Por todo lo expuesto, considero que la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada en autos es inadmisible.

Así lo voto.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por los señores Sandra Elena Dosch, Jorge Alberto Giorno, Jorge Daniel Mercado y Vilma Ana Ripoll a fs. 19/28 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Los jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano no firman por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXII

"GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Requisitos. Identificación de una norma infraconstitucional de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Art. 4º de la ley 2145 (texto según ley 2243). Plazo para la interposición de la acción de amparo. Insuficiencia del desarrollo de la argumentación constitucional. Explicación clara y pormenorizada de los motivos en que se sustenta la tacha de inconstitucionalidad. Indicación de la relación directa entre la norma cuestionada y los principios, derechos y garantías constitucionales que se consideran vulnerados.

Expte. nº 5155/07 - 28/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Dr. Andrés Gil Domínguez promueve demanda de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley

402, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145 (según texto de la ley 2243) que consagró un "plazo de prescripción" a la acción de amparo (fs. 3), por "vulnerar el art. 43 de la Constitución argentina, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 17).

FUNDAMENTOS:

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

2. El art. 4º de la ley 2145 (según texto de la ley 2243) en cuanto establece un plazo para la interposición de la acción de amparo, es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad; en consecuencia, puede ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17, LPTSJ.

3. Sin embargo, la presentación del accionante, exhibe una poco desarrollada argumentación constitucional, insuficiente para admitir la acción intentada. Los fundamentos que sustentan el planteo —a pesar del evidente esfuerzo que, en ese sentido, expresa el escrito de demanda— no aparecen expuestos en la forma que lo requiere el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y la jurisprudencia del Tribunal.

En efecto, desde sus primeros pronunciamientos el Tribunal ha señalado "que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, p. 59).

Asimismo el Tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 20/6/2000).

Si bien el accionante señala de manera concreta la norma impugnada e identifica aquéllas otras reglas constitucionales —locales y nacionales— con las cuales entiende que colisiona, no satisface adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados ni aporta de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión, tal como lo requiere una acción de este tipo, destinada a dejar sin efecto una norma que proyecta sus efectos sobre la población en general.

Las recurrentes alusiones a los ideales garantistas del estado constitucional de derecho no logran explicar con suficiencia y precisión por qué el art. 4º de la ley 2145 vulnera las normas constitucionales invocadas; normas estas últimas de amplio contenido axiológico por lo que el cumplimiento de la carga de demostrar la relación directa requiere de un desarrollo del que la presentación en análisis carece. De hecho algunas afirmaciones son de una vaguedad tal que paradójicamente podrían servir para sustentar la postura contraria, como por ejemplo todas las referidas a la eficacia.

4. En consecuencia, votamos por declarar inadmisible la demanda.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que propician en su voto conjunto mis colegas, las doctoras Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz.

2. La extrema latitud de los argumentos desarrollados en el escrito de inicio determina la imposibilidad de constatar la relación directa entre los derechos y garantías invocados (arts. 43, C.N., 25, CADH y 14, CCBA) y la contravención constitucional que se denuncia en el expediente, por haberse establecido en la ley local de amparo un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para hacer efectiva la aludida vía procesal —plazo que debe contarse a partir de que el afectado tuvo *conocimiento cierto* de la lesión, restricción, alteración o amenaza a sus derechos y garantías, con la aclaración de que la norma prevé para el supuesto de *perjuicios periódicos* que él comienza a correr "respecto de cada uno de éstos" (conf. ley 2145, según texto de la ley 2243).

3. Si bien el accionante identifica la regla legal objetada, así como los preceptos de jerarquía constitucional que, a causa de su vigencia, se estiman violentados, a continuación no logra explicar *de qué manera* el mentado plazo de 45 días hábiles resiente el derecho a la "protección judicial" (art 25, CADH) y, en particular, el "derecho humano al amparo" (fs. 3

y 11). Queda claro que el actor no comparte el diseño de la reglamentación legal local del amparo, pero la apuntada discrepancia sólo se construye a partir de una genérica referencia al plano constitucional y variados cuestionamientos que se formulan exclusivamente desde una determinada posición teórica o doctrinaria, sin un intento mínimo por demostrar que tal perspectiva haya sido la adoptada en su hora por el constituyente local, el constituyente nacional y/o los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las consideraciones expuestas determinan que, en los términos que fue deducida, la acción debe declararse formalmente inadmisible.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por el Dr. Andrés Gil Domínguez a fs. 2/18 contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXIII

"CHIARELLA, GERARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CHIARELLA, GERARDO C/GCBA S/AMPARO'"

MEDIDA CAUTELAR. Competencia del Tribunal Superior de Justicia.

Expte. nº 5156/07 - 28/3/2007

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Gerardo Chiarella interpuso una demanda de amparo contra la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a raíz de una obra, que considera realizada en transgresión al Código de Planeamiento Urbano, en un inmueble lindero con su propiedad. Conjuntamente con la demanda, solicitó como medida de no innovar que se ordene al Gobierno que "se abstenga de 'regularizar' la construcción ilegal" (fs. 6/8 vta.).

La jueza de primera instancia declaró inadmisible el amparo (fs. 51/52). Entre otras razones expresó "no caben dudas de que el único objeto de la acción que intenta el demandante es obtener la demolición de una obra en presunta contravención. La referencia a la supuesta omisión ilegítima del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no parece sino una excusa para suscitar la competencia del fuero: el objeto de la acción no tiene que ver con el cese de tal pretendida omisión, sino, específicamente, con el *dictado de una orden de demolición"* (destacado en el original).

2. El actor apeló la sentencia (fs. 12 y vta.) y solicitó, por escrito separado, a la Cámara, que dicte la medida de no innovar (fs. 15 y vta.), pedido que reiteró presentaciones posteriores (fs. 16, 17 y 18).

La Sala I declaró desierto el recurso en razón de que "la expresión de agravios del accionante (...) no constituye una crítica concreta y razonada de lo resuelto por la señora jueza de primera instancia..." (fs. 14 y vta.).

3. Contra la sentencia, el Sr. Chiarella planteó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 20/21), que no fue concedido por la Sala intervinientes (fs. 23 y vta.). Ante la denegatoria, presentó ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 1/4.

Mediante una presentación posterior (fs. 53) solicita que el Tribunal dicte la medida de no innovar que requirió en las dos instancias anteriores "sobre la cual nunca hubo siquiera pronunciamiento".

Para la decisión de este pedido, se llamaron los autos al Acuerdo (fs. 70).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El pedido de tutela cautelar que el actor articula en esta instancia no puede ser examinado. Ello así, porque la competencia que el Tribunal ejerce mediante el recurso de *inconstitucionalidad* es *apelada*, por lo que se exige que la cuestión que se pretende someter a revisión del Tribunal

haya sido previamente decidida por las instancias de mérito. El art. 27 de la ley 402, es claro a ese respecto: "Procede cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones *siempre que la decisión recaiga sobre esos temas*". Ahora bien, el actor reconoce expresamente que ni en primera ni en segunda instancia los jueces decidieron su pretensión cautelar, y no señala (ni acredita) haber hecho uso de los remedios que el CCAyT prevé para suplir las omisiones en que pudieran incurrir los jueces en el trámite de los asuntos o en las sentencias que pronuncian. De tal manera, la petición directa al Tribunal para que se pronuncie sobre la medida de no innovar no satisface los recaudos que justifican la apertura de la competencia de este estrado en relación a esa pretensión.

2. Por lo expuesto, corresponde rechazar la medida cautelar peticionada por el recurrente a fs. 53 y disponer que continúe el trámite de la queja con la correspondiente vista al señor Fiscal General.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los fundamentos expresados por los jueces Casás y Conde.

Y agrego que es aplicable al caso la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos,* 318:1711 (considerando 6º) que sustenta en igual sentido la solución propuesta por mis colegas preopinantes.

Por lo expuesto, voto por rechazar la medida cautelar solicitada.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la medida cautelar peticionada por el Sr. Gerardo Chiarella a fs. 53.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se corra vista al señor Fiscal General para que dictamine sobre la queja y, en su caso, sobre el recurso de inconstitucionalidad.

Los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ÁVALOS, EVARISTO S/INF. ART. 83 DEL CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4852/06 - 28/3/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensora General Sustituta interpuso un recurso extraordinario federal (fs. 114/124) contra la decisión de fecha 18/12/2006 por la cual este Tribunal, por mayoría, resolvió rechazar la queja oportunamente deducida (fs. 65/85). Sintéticamente, la recurrente afirma que lo resuelto en esta instancia vulnera gravemente "el derecho constitucional de defensa en juicio y el principio de legalidad (art. 18 y 28 de la C.N.)" (fs. 114 vta.), toda vez que se habría frustrado "definitivamente la expectativa de Avalos de desvincularse definitivamente del proceso" (fs. 116 vta.).

2. El Fiscal General Adjunto opinó que el recurso debe ser declarado inadmisible, en tanto no presenta cuestión federal alguna que habilite la competencia apelada de la CSJN (fs. 128/130).

Fundamentos

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

El recurso extraordinario federal, a pesar de haber sido interpuesto en tiempo y forma (arts. 256 y 257, CPCCN), no puede ser concedido, pues no plantea cuestión federal alguna (art. 14 de la ley 48). En efecto, aquí sólo encuentro una genérica "tacha de arbitrariedad" que resulta insuficiente para demostrar mínimamente que el pronunciamiento anterior fuera irrazonable o estuviera infundado. Los cuestionamientos ensayados por la Defensora, en los términos en los que fueron expuestos, sólo exhiben una discrepancia con la sentencia de este Tribunal que —más allá de su acierto o error— contiene fundamentos no federales suficientes que, al menos, debieron ser

rebatidos y no lo fueron. Claramente, la mera invocación de la arbitrariedad no alcanza para fundar un recurso extraordinario; tampoco para concederlo, cuando ella es su única objeción. Por lo demás, debo señalar que no comprendo de qué manera la interpretación de una norma infraconstitucional local (art. 83 de la ley 1472), expresada con argumentos sólidos y racionales por los jueces de mérito (mi voto, fs. 101), puede trascender la órbita local para convertirse en un asunto de interés o relevancia federal.

Corresponde reiterar que la doctrina de la arbitrariedad, elaborada por la CSJN, exige —por su carácter excepcional y restringido— que medie un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o la absoluta carencia de fundamentos (*Fallos,* 323:2879). La Defensora General Sustituta no argumenta adecuadamente que aquí se hayan dado tales extremos, sino que pretende, nuevamente, insistir con su particular interpretación sobre una norma contravencional, por regla, extraña al conocimiento de la CSJN.

Voto por denegar el recurso extraordinario federal.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal debe ser denegado porque, si bien ha sido presentado en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y contra una sentencia definitiva, no expone un caso federal (art. 14 de la ley 48, y arts. 256 y 257 del CPCCN).

2. Es sabido que la admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta pues "[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

Por lo tanto, la defensora debió fundar adecuadamente —y no lo hizo— los recaudos de admisibilidad del recurso presentado y, además, acreditar que el remedio federal encuadraba en uno de aquellos excepcionales casos (conf. art. 15, ley nacional 48).

3. No alcanza con tildar de arbitraria una decisión desfavorable para que la CSJN ingrese en el tratamiento de un recurso extraordinario federal, sino que el recurrente debe acreditar con claridad y solidez el vicio constitucional que advierte.

4. Voto, en consecuencia, por denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 114 y ss.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo señala en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la invocación de la doctrina de arbitrariedad de sentencia por parte de la recurrente con la finalidad de arribar a los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso, carece de sustento. Ello así, dado que la defensa sólo pone de manifiesto una mera discrepancia con cuestiones que, como ya se señalara, remiten a aspectos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenos al conocimiento del tribunal cimero por la vía del art. 14 de la ley 48.

Además, en punto a la tacha de *arbitrariedad* —argumento básico del recurso intentado—, corresponde recordar que este Tribunal ya ha expresado, en consonancia con la inveterada jurisprudencia del Alto Estrado federal, que la denominada doctrina de la arbitrariedad de sentencia no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (conf. este Tribunal *in re*: "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación'", expte. nº 3108, sentencia del 12/11/2004, y doctrina de *Fallos,* 307:257; 312:246, 389, 608; 324:1378, 3494; entre muchos otros).

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido a fs. 114/124.

2º. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 111.

Los jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXV

"WECK, DIEGO ARIEL S/NULIDAD DE CONVOCATORIA CONVENCIÓN UCR"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. Competencia electoral. Nulidad de la convocatoria de la convención partidaria. Rechazo de la medida cautelar para que se ordene su suspensión. Legitimación. Acreditación de las calidades de afiliado y delegado titular de la convención partidaria. Libertad de funcionamiento de los partidos políticos respecto de su actuación interna. Derechos de reunión y participación.

Expte. nº 5214/07 - 27/3/2007

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 26/30 se presenta el señor Diego Ariel Weck, por su propio derecho, y pide "la nulidad de la convocatoria a la reunión de la Convención de la Unión Cívica Radical de la Ciudad de Buenos Aires fijada para el 27/3/2007 a las 18.30 hs. en la sede del partido sita en Tucumán 1660 de esta Ciudad Autónoma y/o a todo evento la nulidad parcial del punto 5) de la orden del día de la mencionada convocatoria firmada por el Presidente de dicho órgano partidario por afectar el derecho de sufragio ..."

Asimismo, como medida cautelar, solicita, que "se decrete la suspensión" de dicha reunión "y/o a todo evento la suspensión del tratamiento del mencionado acápite 5)..." .

Invoca la calidad de afiliado del partido de mención y la de delegado titular a la Convención de esa agrupación.

En sustancia expresa que "se pretende violar el derecho al sufragio a través de la elección popular vía las internas, previstas en el art. 105 de la Carta Orgánica, y sustituir dicho procedimiento por las '...facultades de la Convención para aprobar candidatos...' *(sic),* ver última parte del punto 5 de la orden del día de la convocatoria" (resaltado en el original, fs. 26 vta.), y vincula la cuestión a "los candidatos para la elección convocada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para el 3/6/2007" (fs, 27 vta.)

También alega que la convocatoria a la reunión de la Convención fue sorpresiva, que nunca le fue notificada y que tomó conocimiento por

intermedio de otra convencional, y añade que la impugnó mediante carta documento que anexa.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El Tribunal es competente en función de lo establecido en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

2. Advierto que el presentante no ha acreditado las calidades de afiliado y delegado titular a la Convención de la Unión Cívica Radical que invoca. Ellas podrán ser de conocimiento en el ámbito partidario en el que el requirente se desenvuelve, pero no por ello son de "público conocimiento" como pretende ni, además, surgen de los registros de este Tribunal ni del expte. nº 223/00 "Partido Unión Cívica Radical s/personería" que tramita en esta sede.

En razón de lo expuesto y en atención a la legitimación que exige el art. 57 de la ley 23.298 para accionar ante la justicia electoral —aplicable en la especie como ley local en los términos del art. 5º de la ley 24.588—, previo a todo otro trámite —sin perjuicio del tratamiento de la cautelar impetrada—, el señor Diego Ariel Weck deberá acreditar su carácter de afiliado a la UCR y de delegado titular a la Convención partidaria.

3. Como es obvio, la suerte de la medida cautelar requerida está sujeta a la falta de acreditación de las calidades mencionadas. Ello así porque enerva el requisito de *fumus bonis iuris* común a las medidas de la especie de la que requiere, sin perjuicio de la entidad que pudiera otorgarse a la exigencia del *periculum in mora*.

4. Obiter dicta corresponde destacar que, aun admitiendo que el presentante posea el carácter de afiliado y delegado titular a la Convención que invoca, demuestra con su presentación que está anoticiado de la reunión de dicho órgano partidario más allá de que haya sido o no haya sido notificado en debida forma. A esto se agrega que no corresponde a la justicia "intervenir *ab initio* en el libre funcionamiento del partido o en sus actos políticos internos, especialmente cuando mediante ello se está formando opinión en el mismo y se está operando un proceso de decisiones que se encuentra en su primera etapa, o sea la de iniciativa por proposición y petición, con los proyectos del temario, para luego, constituida la reunión, pasar a la etapa de deliberación y debate. Prohibir esta iniciativa, aunque sea mediante una medida cautelar, importaría tanto como intervenir o suspender las deliberaciones, lesionándose en cualesquiera de esos supuestos los derechos políticos de reunión y participación que tiene la

asociación partidaria, en definitiva, clausurar su vida interna" (Cámara Nacional Electoral, *in re* "Partido Justicialista orden nacional s/personería", expte. nº 854/85, resol. 72/85 del 1º/2/1985; "Unión Cívica Radical convoca a elecciones internas - San Luis", expte. nº 817/84, resol. 75/85 del 6/2/85; entre otros), resulta evidente que la diligencia precautoria solicitada deviene improcedente.

En síntesis, además de no acreditarse la legitimación del peticionante —aspecto que podría ser subsanado— el planteo que se pretende articular ante este estrado referido a la incompetencia de la Convención para nominar candidatos resulta extemporáneo por prematuro, lo que se muestra conjetural e insuficiente para formar convicción en orden al pretendido apartamiento de la Carta Orgánica partidaria, a lo que se suma, y ello es lo decisivo, que las quejas que se agitan podrán ser objeto de tutela judicial en una presentación ulterior a la reunión de la Convención que de antemano se cuestiona, de probarse que sus decisiones efectivamente importaron una palmaria, y al mismo tiempo arbitraria, violación de las normas que rigen la vida partidaria.

4. Por todo lo expuesto considero que debe rechazarse la cautelar impetrada y que, previo a cualquier otro trámite, el peticionario deberá acreditar las calidades que invoca.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El Tribunal es competente para conocer en la presente cuestión a tenor de lo prescripto en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

2. La falta de acreditación de la calidad de afiliado a la Unión Cívica Radical del presentante condiciona fatalmente la suerte de la cautelar intentada. Ello asi porque, como se menciona en el punto, 2, párrafo segundo, del voto que antecede, el art. 57 de la ley 23.298 —orgánica de los Partidos Políticos— exige la condición de afiliado para actuar ante la justicia electoral y, tal extremo, no ha sido probado, sino tan solo invocado por el señor Diego Ariel Weck.

En razón de lo expresado voto por rechazar la cautelar solicitada.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la medida cautelar solicitada por el señor Diego Ariel Weck.

2º. *Mandar* que se registre, y se notifique al peticionario en forma urgente y con habilitación de día y hora.

Los jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano no firman por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXVI

"RICO, SUSANA INÉS Y OTRO S/ELECTORAL —OTROS"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. Competencia electoral. Jefe de Gobierno destituido. Pedido de rechazo de su candidatura a diputado de la Ciudad de Buenos Aires. Legitimación. Acreditación de la calidad de elector de la Ciudad de Buenos Aires. Inscripción en el padrón electoral.

Expte. nº 5198/07 - 29/3/2007

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Susana Inés Rico y Edgardo Pablo Lilljedahl, "en su carácter de ciudadanos y abogados", se presentan y solicitan que "sea rechazada" la candidatura del Dr. Aníbal Ibarra a "legislador porteño para los próximos comicios".

En sustancia, sustentan su petición en "su situación procesal y la destitución de su cargo [de Jefe de Gobierno]... fundada en la ineptitud, negligencia y falta de ética demostradas con su accionar antes, durante y posteriormente a la tragedia de la disco República de Cromañón".

2. A fs. 14/14 dictamina el señor Fiscal General Adjunto y opina que la cuestión es de competencia del Tribunal. Estima, asimismo, que la demanda debe rechazarse *in limine* porque presenta defectos insalvables que la tornan inadmisible.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El Tribunal es competente para conocer de esta presentación, en función de lo establecido en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

2. Como bien señala el señor Fiscal, la demanda presenta defectos insalvables que la tornan inadmisible.

Ello así en la medida de que, amén de las falencias que se indican en el dictamen de fs. 14/15, los presentantes no han siquiera acreditado que sean electores de la Ciudad de Buenos Aires, ni han acompañado datos, más allá de su nombre y apellido, que permitan al Tribunal identificarlos fehacientemente y verificar si están inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad. En tales condiciones entra en crisis su legitimación para demandar como lo hacen en relación a un proceso de elección de autoridades de la Ciudad. Vale señalar que la condición de abogados que también invocan nada agrega ni quita a la legitimación aludida.

Por otra parte, tampoco han acreditado la candidatura que intentan impugnar, ni ella consta, hasta la fecha, en los registros del Tribunal.

Finalmente, las citas constitucionales que se efectúan resultan inexistentes o inatingentes.

3. En razón de lo expuesto considero que la demanda debe ser rechazada *in limine* (art. 43, ley 402 y art. 162, CCAyT).

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la presentación de fs. 1 y vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Los jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano no firman por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXVII

"MORENO HUEYO, GUILLERMO S/PETICIÓN"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. Competencia electoral. Prórroga del plazo para la oficialización de candidatos. Sujetos legitimados: partidos políticos, alianzas o confederaciones. Arts. 2º y 10 de la ley 23.298 Orgánica de los Partidos Políticos. Plazo perentorio. Art. 60 del Código Nacional Electoral.

Expte. nº 5200/07 - 30/3/2007

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

Los doctores Guillermo Moreno Hueyo y Javier López Zavaleta se presentan ante el Tribunal (fs. 4) invocando la calidad de afiliados a la Unión Cívica Radical —que acreditan a fs. 9— y, asimismo, la respectiva de "precandidato a Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" y de "coapoderado de la Lista".

Aluden a una presentación anterior efectuada ante el Tribunal —que obra a fs. 159 del expte. nº 223/00, "Partido Unión Cívica Radical sobre personería"—, en la que hacían saber que habían requerido a las autoridades partidarias la convocatoria a elecciones internas para elegir los candidatos que representen a la agrupación.

Acompañan copia de una presentación que han efectuado ante el Juzgado Federal Electoral del distrito, en la que han solicitado, por un lado, que "se extiendan los plazos de presentación de listas ante la Justicia Electoral fijándose nuevo plazo, en sustitución del que fuera originariamente el 14/4/2007", y por otra parte, que se ordene "a la autoridad pertinente de la Unión Cívica Radical de la Capital Federal que convoque a elecciones internas para elegir candidatos a Jefe y Vicejefe de Gobierno y Diputados por la Ciudad con tiempo suficiente para proceder a su oficialización, bajo apercibimiento de fijarse la fecha por el juzgado" (ver fs. 2 vta.).

Finalmente solicitan que, ante la convocatoria a elecciones locales en curso que —sostienen— se ha efectuado vencidos los plazos que establece la Carta orgánica del partido para realizar los comicios internos, la situación agravada con el silencio guardado por las autoridades de la agrupación, y el "casi imposible cumplimiento de los plazos electorales contemplados en el respectivo decreto" [de convocatoria a elecciones para el

3/6/2007], "se amplíen los plazos originalmente planteados para la presentación de listas, es decir que del 17/4/2007 se amplíe hasta el 24/4/2007 o hasta la fecha que este alto Tribunal considere haciendo extensiva dicha ampliación a las demás organizaciones políticas que pudieran presentarse a dicha convocatoria electoral".

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El Tribunal es competente para conocer de la petición formulada, en atención a lo establecido en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

2. La pretensión expuesta por los presentantes resulta manifiestamente inadmisible.

Ello es así, en primer lugar, porque los únicos que están habilitados para registrar candidatos a los fines de la oficialización prevista en el art. 60 de la ley electoral (Código Electoral Nacional, aplicable como ley electoral local en los términos del art. 5º, ley 24.588), son los partidos políticos, o bien las alianzas o confederaciones que ellos conformen (arts. 2º y 10 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos nacional 23.298, también aplicable como ley local en los mismos términos indicados). A partir de lo expuesto resulta claro que los peticionarios —que además tampoco han invocado ni acreditado ser apoderados de la Unión Cívica Radical— carecen de legitimación para peticionar la extensión o prórroga de un plazo que está destinado a los partidos políticos.

3. En segundo lugar, también es inadmisible el requerimiento porque el plazo de presentación de listas de candidatos no está sujeto a la voluntad del Tribunal, sino que ha sido establecido en la propia ley electoral, en el art. 60 ya mencionado. Se trata de un plazo perentorio y concluyente fijado por el legislador y ajeno al poder de decisión de la justicia electoral. El Tribunal sólo se limita —como lo ha hecho en la especie a través del cronograma electoral aprobado por Acordada Electoral nº 1/2007— a determinar en que fecha vence el plazo en cuestión, estatuido por la ley en la expresión "hasta cincuenta días anteriores a la elección".

4. En tercer lugar, porque la convocatoria a elecciones para el día 3/6/2007, efectuada por el Jefe de Gobierno en ejercicio de los deberes que le impone el art. 105, inc. 11 de la CCBA, ha sido hecha mediante dec. 308 de fecha 16/2/2007 (*BOCBA* del 21/2/2007), es decir con la anticipación de por lo menos noventa días, que exige el art. 54, CEN. En otras palabras, la convocatoria a elecciones de la Ciudad ha sido realizada en el marco de la normativa constitucional y legal atinente, de manera tal que no es posible imputarle el vencimiento de plazos establecidos en una Carta orgánica que, en todo caso, son los que debieron haber sido adecuados a aquélla.

5. Por todo lo expuesto, estimo que debe rechazarse *in limine* la petición de fs. 4 (art. 43, ley 402 y art. 162, CCAyT).

Vale aclarar, a todo evento, que la decisión que ahora se propicia no implica consentir ni censurar las decisiones que pudieran adoptar las autoridades partidarias del distrito, en punto a la forma de elegir los candidatos que representen a la U.C.R. en la futura elección.

Así lo voto.

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la petición formulada a fs. 4.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Los jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano no firman por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, y Alicia E. C. Ruiz.*

XXXVIII

"S. P. V. Y OTROS C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN. Admisibilidad. Requisitos. Valor disputado en último término. Accesorios. Resarcimiento de daños y perjuicios por abuso deshonesto y corrupción de menores. Monto de la condena. Reparación del daño psicológico, daño material por tratamiento y daño moral. Cuantificación separada por cada menor y por cada uno de sus progenitores. Determinación del valor económico que se intenta disputar en función de cada pretensión individual.

Expte. nº 4866/06 - 11/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los actores, P. V. S. y J. L. G., padres de J. L. G.; A. A. C. y M. A. D., padres de M. N. C.; R. E. G. y M. B. O., padres de N. R. G.; M. A. O. y C. E. R., padres de J. E. O.; R. O. P. y A. M. B., padres de M. P.; D. M. G. y S. I. V., padres de F. D. G.; F. J. S. G. y S. G. D. S., padres de J. A. G.; A. E. R. y M. D. M., padres de M. R. M. y D. M. y M. G. A., padres de G. E. M., plantearon una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tendiente al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a sus hijos menores de edad y a ellos mismos como consecuencia de los hechos de abuso deshonesto y corrupción ejercidos sobre los niños por S. O. F., profesor de música del Colegio nº ..., ".....", del Distrito Escolar nº ..., dependiente de la Secretaría de Educación del Gobierno local (fs. 22/30 vta.).

Los hechos ocurrieron en el transcurso del año 1997, cuando los niños asistían a la sala de tres años del jardín de infantes de esa institución.

Tras relatar los hechos, fundar la pretensión y ofrecer prueba, peticionaron la indemnización por el daño psíquico y material de los menores y sus progenitores. La liquidación presentada consignó las siguientes sumas reclamadas: *a)* daño moral y daño psicológico padecido y futuro por cada menor: $ 180.000; *b)* daños y perjuicios causados y a soportar como consecuencia de tratamientos, terapias, etc., por cada menor: $ 4.000; *c)* daño moral y daño psicológico, padecido por los progenitores de cada menor: $ 114.000; *d)* daños y perjuicios causados y a soportar por cada matrimonio por tratamientos y terapias: $ 2.000. El total por cada grupo familiar asciende a $ 300.000 y el de la demanda a $ 2.700.000.

La Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 231/248).

Producida la prueba y los alegatos de las partes, el juez de primera instacia dictó la sentencia de fs. 1178/1192 vta., en la que hizo lugar a la demanda incoada por los actores e impuso las costas a la vencida.

El detalle de las sumas correspondientes a cada actor, indicado por grupo familiar, fue el siguiente:

Familia G.-S.: J. L. G. (padre) $ 51.840; P. V. S. (madre) $ 53.040; J. L. G. (menor) $ 98.640.

Familia C.-D.: A. A. C. (padre) $ 68.440; M. A. D. $ 68.440; M. N. C. (menor) $ 181.440.

Familia G.-O.: R. E. G. (padre) $ 53.760; M. B. O. (madre) $ 53.280; N. R. G. (menor) $ 98.640.

Familia O.-R.: M. Á. O. (padre) $ 67.000; C. E. R. (madre) $ 68.440; J. E. O. (menor) $183.840.

Familia P.-B.: R. O. P. (padre) $ 52.200; A. M. B. (madre) $ 52.200; M. P. (menor) $98.640.

Familia G.-V.: D. M. G. (padre) $ 53.280; S. I. V. (madre) $ 68.440; F. D. G. (menor) $181.440.

Familia G.-D. S.: J. A. G. (menor) $ 64.800.

Familia R.-M.: A. E. R. (padre) $ 52.200; M. D. M. (madre) $ 52.200; M. R. M. (menor) $98.640.

Familia M.-A.: D. M. (padre) $ 67.360; M. G. A. (madre) $ 67.360; G. E. M. (menor) $181.440.

En cuanto a los intereses, el juez dispuso que deberán calcularse desde 1/7/97. Desde esa fecha hasta el 6/1/2002 fijó la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina; desde el 7/1/2002 hasta septiembre de tal año la tasa activa promedio del BNA, y a partir de septiembre de 2002 y hasta la fecha del efectivo pago, nuevamente la tasa pasiva.

2. La Procuración General (fs. 1195) y los actores (fs. 1196) apelaron la sentencia de primera instancia. Expresados los agravios de cada parte (fs. 1205/1219 vta., parte actora; fs. 1224/1233, parte demandada) que fueron contestados por la contraria (fs. 1235/1239 vta., por la demandada; fs. 1241/1246, por la actora) y con dictamen de la asesoría general tutelar (fs. 1248/1255), la Sala II de la Cámara de Apelaciones dictó la sentencia ahora recurrida (fs. 1258/1273 vta.).

En ella, confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia, incrementó el monto de la condena al GCBA a la suma total de $ 2.646.414 de acuerdo al detalle que en relación a cada actor efectuó el punto 11 del voto del juez Russo, al que adhirió la juez Daniele, e impuso las costas a la demandada vencida. El detalle correspondiente a cada actor, indicado por grupo familiar, establecido en dicho punto fue el siguiente:

Familia G.-S.: J. L. G. (padre) $ 69.160; P. V. S. (madre) $ 71.440; J. L. G. (menor) $90.525.

Familia C.-D.: A. A. C. (padre) $135.940; M. A. D. (madre) $ 135.940; M. N. C. (menor) $ 129.610.

Familia G.-O.: R. E. G. (padre) $ 80.800; M. B. O. (madre) $ 82.480; N. R. G. (menor) $ 90.525.

Familia O.-R.: M. A. O. (padre) $ 130.720; C. E. R. (madre) $ 207.760; J. E. O. (menor) $ 190.638.

Familia P.-B.: R. O. P. (padre) $ 73.840; A. M. B. (madre) $ 73.840; M. P. (menor) $ 90.525.

Familia G.-V.: D. M. G. (padre) $ 77.080; S. I. V. (madre) $ 86.800; F. D. G. (menor) $ 149.153.

Familia G.-D. S.: J. A. G. (menor) $ 50.000.

Familia R.-M.: A. E. R. (padre) $ 83.560; M. D. M. (madre) $ 87.880; M. R. M. (menor) $ 90.525.

Familia M.-A.: D. M. (padre) $ 102.460; M. G. A. (madre) $ 96.520; G. E. M. (menor) $ 168.696.

3. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 1280 y vta.), que fue concedido por la Sala II por considerar que en tanto la condena al Gobierno asciende a la suma de $ 2.646.414, más los intereses fijados, existe "un agravio que supera con exceso la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000), circunstancia que torna procedente la concesión del recurso" (fs. 1281).

Recibidas las actuaciones por el Tribunal, la recurrente presentó el memorial de agravios de fs. 1290/1297 vta., que fue contestado por la parte actora a fs. 1313/1321 vta., quien solicitó el rechazo del recurso, con costas.

La señora Asesora General Adjunta propició en su dictamen el rechazo del recurso (fs. 1323/1330). Por su parte, el señor Fiscal General Adjunto consideró formalmente admisible el recurso y que no correspondía que él dictaminara sobre el fondo (fs. 1333/1334 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. El recurso ordinario fue interpuesto en forma y en tiempo oportuno por la demandada. Sin embargo, fue incorrectamente concedido por la Cámara (fs. 1281).

2. En efecto, el art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189) dispone que el TSJ conoce "en instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, *cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)*" (bastardilla agregada). De tal forma, son condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación que la Ciudad sea parte, que el valor disputado sea superior a $ 700.000 y, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva (conf. *in re:* "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos", expte. nº 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.). Y, por aplicación del art. 38 de LPT, la carga de acreditar esos recados corresponde a quien recurre: "el/la apelante *debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26, inc. 6º de la ley 7, modificado por*

el art. 2º de la ley 189" (bastardilla agregada). Ello, además, es particularmente exigible cuando existe la experiencia del recurso ordinario a nivel nacional de la que dan cuenta los precedentes de *Fallos*, 303:662; 307:944; 308:917; 310:631; 311:2064; 318:1052; 324:1846 (entre muchos otros).

3. Al interponer el recurso la Procuración General justificó, y la Sala II admitió, la concurrencia del requisito referido al valor disputado mediante la referencia al monto de la condena, que expresó en la cifra de $ 2.700.000, sin accesorios (fs. 1280). Mas no es ésa la suma que debe ser considerada como determinante de la cuantía del agravio para la admisibilidad del recurso intentado, ya que el *importe de la condena* no es reconducible al *valor disputado en último término*, que establece el art. 26 de la ley 7.

En efecto, éste último puede resultar inferior a aquél ya que depende del alcance que el recurrente imponga a su apelación. Así, en tanto la condena estableció el deber del Estado de reparar el "daño psicológico", el "daño material por tratamiento" y el "daño moral", cuantificados separadamente en relación a cada menor y a cada uno de sus progenitores, el recurrente debió indicar cuáles de esos conceptos consideraba erróneos, en relación a qué personas los consideraba así, cuál era la suma que debía detraerse de la que estableció la Cámara, y efectuar la cuenta correspondiente. En suma, debió justificar al *momento de interponer el recurso* de apelación cuál es el valor económico que intenta disputar ante este estrado.

De las actuaciones surge en forma evidente que la demandada ni en el escrito de interposición del recurso de apelación *ni aún tardíamente* cuando presentó el memorial de agravios dio cumplimiento a la carga establecida en el art. 38 de la ley 402.

4. Las circunstancias antes apuntadas determinan la improcedencia formal de la apelación ordinaria deducida por la demandada ante este estrado por no presentarse un presupuesto esencial para su admisibilidad —*valor disputado en último término*—, sin que obste a esta decisión el hecho de que la Cámara lo haya concedido (*Fallos,* 314:1455, 323:3033; entre muchos otros). Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto a las costas, toda vez que la contraria al contestar el memorial de agravios no opuso reparos a la admisibilidad del recurso por ausencia del recaudo que determina la decisión que propugnamos, corresponde imponerlas por el orden causado.

5. Cabe aclarar que, en atención a la forma en que se decide, no corresponde emitir opinión en esta causa sobre si el valor disputado en último término —al que hace referencia el art. 26 de la ley 7— debe ser considerado en forma conjunta o, por el contrario, conforme los postulados de la CSJN para la apelación ordinaria ante ese estrado (ver *Fallos,* 220:1212; 258:171; 265:255; 269:230; 277:83; 284:392; 289:452; 300:156; 311:1994 y 2234; 317:1683; 324:1846; entre otros), respecto de las pretensiones individuales de cada una de las partes.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y JULIO B. J. MAIER dijeron:

1. El recurso ordinario interpuesto en forma y en tiempo oportuno por la demandada fue incorrectamente concedido por la Cámara (fs. 1281).

2. En materia de recurso de apelación ordinaria ante el Tribunal, el art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189) establece que el TSJ está habilitado para intervenir en aquellas causas en las que la Ciudad sea parte "cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)". El art. 38 de LPT impone al apelante la carga de acreditar esos recaudos.

3. La Procuración General sostuvo al recurrir que el valor disputado era de $ 2.700.000, monto de la condena sin accesorios (fs. 1280). Sin embargo no es ésta la suma que debe ser considerada para decidir acerca de la admisibilidad del recurso intentado.

En la demanda la apoderada se presentó como mandataria de veintisiete personas individualizadas a fs. 22/22vta, y en ese carácter reclamó el pago de los daños y perjuicios ocasionados a cada una de ellas.

Las sentencias de las dos instancias anteriores fijaron el monto de la condena respecto de veinticinco de los veintisiete accionantes que iniciaron la causa. No fueron incluidos los progenitores de la menor J. A. G., quienes habrían abandonado el proceso.

Debido a la acumulación subjetiva de pretensiones, la parte actora tiene el carácter de un litisconsorcio facultativo. Cada uno de sus integrantes ejerció un derecho personal y singular en procura del resarcimiento de los daños que había sufrido. La segunda instancia, en lo que aquí interesa, dictó una única sentencia cuantificando la condena impuesta al Estado en sumas individuales y diferentes para cada uno de los litisconsortes.

4. Puesta la cuestión en los términos señalados en el apartado anterior, y ante una apelación ordinaria traída al Tribunal, el valor disputado en último término (art. 26 de la ley 7) debe ser definido respecto de cada pretensión individual. Así lo ha entendido en reiterada jurisprudencia la

Corte Suprema de Justicia de la Nación en los supuestos de apelación ordinaria ante ese estrado (*Fallos,* 220:1212; 258:171; 265:255; 269:230; 277:83; 284:392; 289:452; 300:156; 311:1994 y 2234; 317:1683; 324:1846; entre otros), independientemente de que sean los actores (*Fallos,* 324:1846) o el Estado condenado (*Fallos,* 317:1683) la parte que recurre.

5. De las veinticinco condenas impuestas ninguna alcanza al valor mínimo establecido por la ley para habilitar el recurso ordinario de apelación ante el Tribunal; recaudo que tampoco se cumple si, con un criterio más flexible, se considerara el monto de la condena en relación con cada grupo familiar. Dicho de otro modo, si cada una de las personas o familias hubiese planteado su demanda en forma separada, en ninguna de ellas el Estado condenado podría invocar un agravio superior a los $ 700.000, como el que exige la ley local.

6. Las circunstancias antes apuntadas determinan la improcedencia formal de la apelación ordinaria deducida por la demandada ante este estrado dado que no se satisface un presupuesto de admisibilidad —*valor disputado en último término*—, sin que obste a esta decisión el hecho de que la Cámara lo haya concedido (*Fallos,* 314:1455; 318:1052, entre muchos otros).

Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto a las costas, toda vez que la contraria al contestar el memorial de agravios no cuestionó la vía elegida por el GCBA —esto es, no opuso reparos a la admisibilidad del recurso por ausencia del recaudo que determina la decisión que propugnamos—, aquéllas deberán imponerse en el orden causado.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedido* el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad, con costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelvan las actuaciones al tribunal remitente.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXXIX

"MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4893/06 "MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO", AMBOS EN: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PÚBL."

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen de imposible reparación ulterior.

Expte. nº 4887/0 - 11/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Eduardo Mejuto Medrano interpone recurso extraordinario (fs. 482/513) contra la decisión de fecha 14/2/2007 (fs. 220/225) por la que el Tribunal decidiera rechazar los recursos de queja interpuestos por él.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El escrito interpuesto cumple con los requisitos extrínsecos, de tiempo y forma exigidos ritualmente. No obstante, la sentencia atacada no es definitiva y ello impide la concesión del recurso.

2. La sentencia del Tribunal que ahora impugna el actor desestimó los recursos de queja interpuestos porque las decisiones de la Cámara, cuestionadas por sendos recursos de inconstitucionalidad, no eran sentencias definitivas; requisito exigido por la ley 402 para su admisibilidad.

Conviene recordar cuáles son las decisiones que el señor Eduardo Mejuto Medrano intentaba someter a decisión de este estrado y pretende ahora llevar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

a) en el expte. nº 4887/06 discute la decisión de la Alzada que rechazó, entre otras cuestiones, el recurso de aclaratoria y *el planteo de nulidad de la providencia del Presidente de la Sala que dispuso estar al traslado de la demanda ordenado oportunamente*,

b) en el expte nº 4893/06 se agravia contra la providencia del secretario de la Cámara que *remite a la medida ordenatoria indicada en el párrafo anterior, es decir, al traslado de la demanda.*

3. Como puede verse, tampoco la decisión del Tribunal que el actor apela mediante el recurso extraordinario federal es una sentencia definitiva a los fines de la ley 48.

Las profusas denuncias de inconstitucionalidad y la mención de garantías constitucionales afectadas no permiten suplir la ausencia de una sentencia definitiva para considerar sus presentaciones. El carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invocación de vulnerarse garantías constitucionales pues, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento definitivo para la concesión del recurso (doctrina de *Fallos,* 276:366; 302:890; 304:749, 1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

Además, a pesar del extenso relato que contiene el recurso extraordinario, tampoco se logra acreditar que la sentencia de este Tribunal que ahora se objeta pueda equipararse a una decisión de carácter definitivo por generar al interesado un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior (conf. *Fallos,* 303:633, entre muchos otros).

4. A mayor abundamiento, sólo deseo señalar que advierto una conducta desconcertante por parte del recurrente, toda vez que la misma se exhibe, por lo menos, frustratoria de su propio interés. Ello es así pues, por un lado, el actor manifiesta enfáticamente en todas sus presentaciones su deseo de que los tribunales judiciales aborden lo antes posible sus planteos de fondo (orientados a poner punto final a las alegadas irregularidades cometidas por el GCBA que incidirían negativamente sobre su situación laboral), pero, por otro lado, con su sistemática actividad recursiva no hace más que intentar se postergue el traslado de la demanda a su contraparte, recaudo elemental e indispensable para que los jueces de la causa resuelvan el juicio que él mismo ha iniciado.

5. Por las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Eduardo Mejuto Medrano. Sin costas, por no haberse sustanciado.

Así lo voto.

Los jueces JULIO B. J. MAIER, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por los fundamentos expuestos en los puntos 1, 2 y 3 del voto del Dr. Casas, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Eduardo Mejuto Medrano. Costas por su orden.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto Eduardo Mejuto Medrano a fs. 482/513, sin costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 225.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XL

"WAISMAN, MÓNICA RUT C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4678/06 "OSCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'WAISMAN, MÓNICA RUT Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Cuestión federal. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires. Competencia local. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

Expte. nº 4690/06 - 11/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires interpone recurso extraordinario (fs. 993/1054) contra la decisión de fecha 20/12/2006 (fs. 966/977) por la que el Tribunal decidiera rechazar los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por ella.

2. El recurso es contestado por la parte actora, que solicita su rechazo (fs. 1059/1065 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. La recurrente no ha logrado exponer una cuestión federal que habilite la competencia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En primer lugar, el agravio referido a la pretendida competencia del fuero federal es insustancial, como ya fue explicado en la sentencia que ahora se objeta, por expresa remisión al precedente "'Di Cuffa, Edda c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido', expte. nº 4274/05 y su acumulado 'OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Di Cuffa, Edda c/OSCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4268/05, pronunciamiento del 29/3/2006, cuya copia obra agregada a fs. 978/987—e integra los fundamentos de la decisión atacada (fs. 966/977)—. En esa ocasión, se hizo mérito de lo decidido por la propia CSJN, *in re*: "María Laura Lotártaro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y otros", sentencia del 29/6/2004 (*Fallos*, 327:2773), al resolver a favor de la competencia local; conclusión que, por lo demás, la recurrente no rebate.

Por lo demás, los agravios en los que se invoca la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y el derecho de defensa no exponen sino la discrepancia del apelante con el criterio con el que las instancias que intervinieron en autos resolvieron cuestiones de hecho, prueba, y derecho local, es decir, no federales (art. 14, ley 48). Esos fundamentos, a su turno, privan a los agravios esgrimidos —relativos a la violación de los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 31, 33, 75 inc. 2º, 125, 129, de las disposiciones transitorias séptima y decimoquinta, todos de la Constitución nacional, y de las leyes nacionales nºs 23.660, 23.661, 24.241, 24.588 y 19.032— de relación directa con lo resuelto en autos (conf. art. 15, nº ley 48).

3. Finalmente, la invocación de la doctrina del tribunal cimero sobre "gravedad institucional", consolidada a partir de la causa "Jorge Antonio" (*Fallos,* 248:189), sentencia del 28/10/1960, tampoco puede prosperar, toda vez que no se ha demostrado de qué manera la decisión recaída en el caso incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

4. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por la ObSBA e imponerle las costas por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite con la expresa declaración (*obiter dictum*) de que no estoy de acuerdo con los motivos de "arbitrariedad" y "gravedad institucional" introducidos y expuestos por la doctrina de la CSJN para abrir el recurso extraordinario federal, declaración que, en este caso, según los fundamentos de la Dra. Alicia Ruiz, no juega aquí papel alguno, pues el recurso intentado no reúne tan siquiera los elementos requeridos por la referida doctrina de la CSJN en los precedentes citados.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Obra Social de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva, como está dispuesto en la sentencia recurrida.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLI

"CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S.A. S/INF. FALTA DE HABILITACIÓN Y OTROS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Cuestión federal. Caso constitucional. Resolución que declara improcedente un recurso de orden local. Sentencia definitiva. Servicio postal. Ejercicio del poder de policía en materia de higiene, seguridad y salubridad de los inmuebles donde se presta el servicio postal. Necesidad de contar con matafuegos y seguro de responsabilidad civil sobre los montacargas. Sanción de multa. Gravedad institucional.

Expte. nº 4808/06 - 11/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Pablo Martín Krzyzanowski, apoderado de Correo Oficial de la República Argentina S.A., interpuso un recurso extraordinario federal (fs. 69/79 vta.) contra la decisión de fecha 20/12/2006 (fs. 48/58) por la que el Tribunal resolvió rechazar el recurso de queja agregado a fs. 25/27 vta.

Según el recurrente, el pronunciamiento impugnado contiene un razonamiento ilógico y su dictado genera un gravamen patrimonial a las rentas del Tesoro Nacional —art. 4º de la C.N.— (fs. 70, 74 vta. y 75).

Considera, en el mismo sentido, que la decisión atacada genera una cuestión de gravedad institucional, dada por la existencia de un conflicto entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Correo Oficial de la República Argentina S.A., ambas instituciones contempladas en la Constitución Nacional —arts. 75, incs. 14, 30, y 129 de la C.N.— (fs. 71/73). En relación con este último agravio, señaló que el ejercicio del poder de policía sobre la entidad postal —por su carácter federal— es de competencia del Estado Nacional, a través de la Comisión Nacional de Comunicaciones, y no de la autoridad local.

2. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado conferido, solicitó que el recurso se declarase inadmisible en razón de que no se había expuesto un caso constitucional, sino un simple desacuerdo con la decisión atacada (fs. 82/83 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia definitiva. Sin embargo, tal como lo señala en su dictamen el señor Fiscal General Adjunto, éste debe ser denegado toda vez que no se plantea cuestión federal alguna que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48).

2. En la sentencia de este Tribunal ahora cuestionada, por mayoría, se resolvió que la queja presentada por Correo Oficial S.A., además de reiterar los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad —es decir, ausencia de caso constitucional debidamente fundado—, no contenía una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del mencionado remedio.

Para arribar a tal conclusión, se explicaron las cuestiones que no habían sido rebatidas por el recurrente respecto de la sentencia de los jue-

ces de Cámara y la necesidad de que se vincularan los derechos constitucionales supuestamente vulnerados con la cuestión efectivamente discutida en la causa, a fin de que los agravios no se redujeran a una reiteración retórica de derechos y garantías amparados por la Carta Magna.

Desde esta perspectiva, corresponde aplicar la doctrina de nuestro tribunal cimero que desde antiguo establece que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

3. En esta nueva presentación, el agraviado incurre en las mismas falencias que en sus anteriores escritos.

En el recurso extraordinario se efectúa un relato histórico del servicio postal enfatizando su naturaleza federal y se realiza una descripción del funcionamiento de la sucursal objeto de la multa resistida, con mención de la relevancia de su actividad y la incidencia que la sanción tendría en las arcas del Tesoro Nacional. También se hace alusión a las atribuciones exclusivas de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) para llevar adelante el poder de policía de los servicios postales.

Sobre el particular, corresponde destacar que la parte recurrente no se hace cargo, en primer lugar, de rebatir todos los argumentos brindados en la sentencia objetada para desestimar análogos planteos vertidos con anterioridad (conf. puntos 3 y 4 de mi voto y argumentos concordantes brindados por los señores jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano en sus votos respectivos).

Al margen de la deficiencia apuntada, que de por sí sella la suerte del remedio intentado, se advierte que la interesada, una vez más, aborda el tema en debate a partir de reflexiones genéricas que no guardan relación directa con lo resuelto en este expediente, en tanto no se logra explicar de manera consistente por qué motivo una decisión como la atacada puede dificultar el desarrollo de la actividad de la sucursal donde se impuso la multa (o del servicio postal en general), menoscabar las arcas del Estado Nacional o implicar la convalidación de una actuación del Estado local incompatible con cualquiera de las atribuciones que la CNC despliega efectivamente al ejercer con exclusividad el poder de policía de los servicios postales (conf. arts. 2º y 3º, dec. 431/98).

Esta circunstancia conduce a denegar el remedio federal intentado, a la luz de la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que, para prosperar, el recurso extraordinario debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, de modo que el ape-

lante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya para arribar a las conclusiones que lo agravian (*Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:59, 325, 1699, 2906; 316:420, 2727, 3026; entre muchos otros).

4. Por fin, la invocación de la doctrina de la "gravedad institucional" elaborada por nuestro tribunal cimero —consolidada a partir de la causa "*Jorge Antonio*", *Fallos,* 248:189, sentencia del 28/10/1960—, tampoco puede prosperar, pues no aparece respaldada con un fundamento idóneo para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

Por estas razones, entiendo que el recurso extraordinario federal interpuesto por Correo Oficial S.A. debe ser denegado.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al fundado voto del juez de trámite, José O. Casás, en cuanto pone de resalto que el recurrente no ha logrado presentar la cuestión federal que demanda el art. 14 de la ley 48 para la procedencia de la vía extraordinaria deducida. En efecto, el recurrente insiste en proponer su tesis de que sobre su representada sólo ejerce el poder de policía la CNC, lo cual significa desconocer todos y cada uno de los argumentos expresados en las sentencias dictadas en las instancias locales, toda vez que, en autos, nadie ha pretendido sustituirse en la autoridad de aplicación del servicio postal que le es reconocido a dicha entidad, sino solamente en cuestiones inherentes a la higiene, seguridad y salubridad de los inmuebles en los que aquel servicio postal es prestado, materias que en ningún momento han sido controladas, ejercitadas o reclamadas por aquella Comisión Nacional. Definitivamente, el recurrente no demuestra en qué forma la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interfiere en la prestación de ese servicio garantizado constitucionalmente, ni cómo las autoridades administrativas locales privan inconstitucionalmente a alguna entidad federal de ejercer su jurisdicción sobre ese inmueble, cuando lo que se intenta es, entre otras cosas, que existan matafuegos en regla y un seguro de responsabilidad civil sobre los montacargas.

Sólo quiero enfatizar, en atención a las observaciones que formula el interesado acerca de supuestas actuaciones administrativas que no guardan relación alguna con el objeto de este proceso, que en autos nunca se

intentó sancionar a la empresa Correo Oficial de la República Argentina mediante la clausura —total o parcial— del establecimiento o de la actividad pública que desempeña, pues si ello hubiera sucedido, al menos en mi opinión, la suerte del presente caso probablemente hubiera variado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás y dejo a salvo mi desacuerdo con la doctrina de la "gravedad institucional" como motivo del recurso extraordinario federal, introducida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. punto nº 4 del voto del señor juez de trámite). Ese desacuerdo, sin embargo, no juega papel alguno en esta ocasión, pues el caso, como lo indica el señor juez de trámite, no reúne tan siquiera los elementos de la doctrina expuesta por la CSJN.

En cuanto a la tacha de ilógica de la sentencia emitida por este Tribunal sobre la queja, su sola lectura evita mayores consideraciones y convierte al argumento en la exposición de una interpretación distinta del caso —dominada por el interés de la parte— con respecto a aquello expuesto en la sentencia impugnada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás. La mayoría del Tribunal decidió rechazar la queja con base en que el apelante no cuestionaba en forma suficiente el auto denegatorio y que tampoco planteaba un caso constitucional debidamente fundado. Así las cosas, el recurrente no obtuvo la sentencia definitiva del superior tribunal del que, con arreglo al precedente "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478), debió requerir satisfacción a sus agravios, y tampoco se hace cargo en forma suficiente de los argumentos que llevaron al TSJ a no expedirse sobre ellos. En verdad, el quejoso eludió el cumplimiento de esa carga asumiendo que "[e]l voto mayoritario [...] ingresa francamente al fondo de la cuestión, por lo cual se torna abstracto refutar el pasaje inicial (considerando 1 y 2) referido a una supuesta deficiencia formal del escrito de interposición o *'ausencia de caso constitucional'*" (fs. 74; la cursiva pertenece al original).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 69/79 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 58, punto 3.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BERDIÑAS, VERÓNICA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA. Requisitos para la procedencia de la acción de amparo. Obrar diligente del amparista. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la conducta estatal lesiva. Perjuicio ocasionado por la dilación del procedimiento ordinario. Empleo público. Médico. Servicio de guardia. Derecho a un mínimo de horas semanales en la planta del hospital. Interpretación de normas infraconstitucionales. Necesidad de producir un debate de mayor amplitud.

Expte. nº 4925/06 - 11/4/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Verónica Berdiñas, médica que se desempeña en el servicio de guardia del Hospital General de Agudos "Dr. Carlos G. Durand" de la Ciudad de Buenos Aires, en calidad de especialista en guardia médica suplente (Pediatría), planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/5 vta.). La actora expresó que, no obstante sus reiterados reclamos administrativos, no recibió una respuesta satisfactoria. Por su parte, al justificar la elección de la vía del amparo, ella ofreció el siguiente argumento: "toda vez que de hecho se encuentra obturado cualquier reclamo en sede administrativa, siendo que deviene inútil la prosecución de aquella vía, esta accionante se encuentra en la necesidad de acudir directamente ante *V.S.* en reclamo de Justicia efectiva

y eficaz a través de la promoción del presente remedio procesal informado Constitucionalmente, toda vez que una eventual acción ordinaria no lograría satisfacer en debido tiempo el carácter alimentario que implica la compensación salarial del incremento horario peticionado" (*sic*, fs. 2 vta.). Ella solicitó, como medida cautelar, que "[s]e ordene el inmediato *Pago retroactivo* de todas las sumas correspondientes a los períodos en que debió darse cumplimiento al incremento horario..." (*sic*, fs. 4 vta.; énfasis en el original).

2. Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley 16.986), el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal (extemporaneidad de su interposición y falta de acreditación de la ineptitud de otras vías judiciales), como por su improcedencia sustancial (fs. 6/13).

3. La sentencia de primera instancia desestimó la defensas formales planteadas por el Gobierno, y, en cuanto al fondo, concluyó —en concordancia con la decisión adoptada por el Dr. Guillermo F. Treacy, titular del Juzgado Nº 3 del fuero, en la causa "Akrich"— que el art. 6º del dec. 282/96 es una norma de carácter permanente que establece el derecho de todos los profesionales que se desempeñen en las guardias de los días domingo a cumplir un horario en planta de doce horas semanales. Por consiguiente, hizo lugar a la demanda y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires extender el horario de prestación de funciones de la parte actora a doce horas en planta (fs. 14/15).

4. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 16/23 vta.).

En el memorial de agravios cuestionó la admisión de la pretensión por la vía del amparo, ya que no se presentaban los recaudos constitucionales de "ilegalidad o arbitrariedad manifiestas" y "actualidad del perjuicio", necesarios para su viabilidad. Agregó que el caso sólo plantea una cuestión salarial. También se agravió por la interpretación dada por el *a quo* al dec. 282/96, ya que, afirmó la Procuración, el decreto estuvo destinado a solucionar, con carácter transitorio, problemas en el servicio de salud pública existentes al momento de su dictado. Sostuvo que la norma establecía la prolongación de 12 horas sólo para un universo definido de destinatarios: quienes en ese momento se desempeñaban en el sector de urgencias en días domingo. De tal manera, el art. 6º se refería a la situación preexistente, que debía regularizarse en un plazo no mayor de dos años según lo establecía el propio artículo —plazo que ya se ha cumplido.

5. La parte actora no contestó el traslado del memorial de agravios (ver fs. 65 vta. y el "visto" de la sentencia de Cámara, fs. 24).

6. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, rechazó el recurso del Gobierno.

Para así decidir consideró que "el presente caso no reviste en sí especial complejidad para requerir un proceso de conocimiento mayor, y por ello resulta inaplicable el art. 2º, inc. d) de la ley 16.986".

En cuanto a los aspectos formales de la impugnación, consideró que, por tratarse de una omisión, la demanda no resultaba extemporánea: "...no existe certeza sobre el momento a partir del cual comenzó a correr el término establecido en el art. 2º, inc. e) de la ley 16.986 y, además, se observa una continuidad en la lesión de los derechos del particular toda vez que la omisión lesiva se reitera sin solución de continuidad mes a mes, circunstancia que impide la procedencia del cómputo del plazo de la caducidad" (fs. 25 vta.).

Tras reseñar la evolución del régimen normativo, concluyó —en forma sustancialmente coincidente con la sentencia de primera instancia— que "del decreto analizado surgen dos clases de disposiciones, a saber; unas, de carácter permanente; otras, transitorias. En efecto, mientras que algunas se refieren a contemplar situaciones temporarias y tienen por destinatarios a profesiones de los días domingo designados bajo el régimen del dec. 6395/87, otras tienen vocación de permanencia por cuanto tienden a la reglamentación del funcionamiento de la atención de la urgencia en los días domingo" (...). [E]ste Tribunal disiente con los argumentos de la parte demandada en cuanto interpreta que el art. 6º del dec. 282/96 consagra una solución transitoria de aplicación a aquellos profesionales de guardia designados bajo el régimen del dec. 6395/87 (...). [A] diferencia de otras normas del citado decreto [el art. 6º] reviste carácter permanente, lo que además resulta corroborado por sus términos, en cuanto en forma imperativa prescribe que todos los profesionales que se desempeñen en el Sector de Urgencia en los días domingo deberán cumplimentar un horario mínimo en planta de doce (12) horas semanales (...) Con relación a la pauta temporal que contiene el artículo en cuestión, en cuanto prescribe que la prolongación se efectivizará en un plazo no mayor de 2 años de su dictado, es necesario señalar que tal previsión no avala la postura de la parte demandada (...). Así, en el caso de los profesionales de los hospitales transferidos, la aplicación del nuevo régimen exigía —a fin de cumplir un horario mínimo en planta de 12 horas semanales— que se prolongue su horario en esa cantidad de horas. Ahora bien, teniendo en cuenta la 'existencia de limitados recursos presupuestarios que dificultan efectuar modificaciones al stock de vacantes de dotación del Sistema de Atención de Urgencia' (conf. los considerandos del dec. 282/96) el artículo en análisis estableció un plazo para que la referida ampliación se hiciera efectiva. Es decir que operado el vencimiento del plazo de dos años previsto por el art. 6º del dec. 282/96, 'todos los profesionales que se

desempeñen en el Sector de Urgencia en los días domingo deberán cumplimentar un horario mínimo en planta de doce (12) horas semanales'" (fs. 26/29 vta.).

7. Contra la sentencia de la Cámara, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad de fs. 30/43 vta.

En sus fundamentos expuso y desarrolló agravios sobre la base de dos cuestiones principales: *a)* la sentencia efectúa una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA; y *b)* la interpretación del art. 6º del dec. 282/96 es arbitraria.

Ambas cuestiones traerían aparejadas la lesión de la garantía constitucional al debido proceso y al principio de división de poderes —ya que la sentencia se arroga facultades propias del Poder Ejecutivo y de la Legislatura.

8. La Sala I denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (fs. 49 y vta.) dado que "la recurrente no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un genuino caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior", y por no configurarse los extremos que permiten admitir el recurso por arbitrariedad de sentencia.

9. Ante la denegatoria, la Procuración General interpuso el recurso de queja agregado a fs. 51/66.

En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja, por no demostrarse la existencia de causa constitucional (fs. 71/74 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo" (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006.

En esa oportunidad, resolví el asunto sobre la base de dos argumentos centrales. En primer término, sostuve que el agravio del GCBA, referido a su impugnación de la hermenéutica efectuada por la Cámara de la ordenanza 41.455, los decs. 6395/87 y 282/96, y de la resol. 609-SHyF/05, invocados por la actora en sustento de su pretensión, no permite articular un caso constitucional. Por lo contrario, este agravio expresa una mera discrepancia interpretativa acerca del significado de reglas infraconstitucionales. En segundo término, expresé que lo contrario sucede con el agravio procesal del GCBA, relativo a su objeción al procedimiento llevado a cabo según las reglas del amparo (art. 14, CCBA), en un

caso en que se imponía la aplicación de las reglas del proceso de conocimiento respectivo. En efecto, se trata de un litigio por "empleo público" que no manifiesta la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados, o el daño grave o inminente a un derecho constitucional o legal, que deba ser restablecido de inmediato. En suma, ni una u otra condición del amparo están presentes en estos casos.

Debido a ello, y por los mismos fundamentos, corresponde decidir de la misma manera, a saber: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja planteada por el GCBA con referencia a la aplicación del art. 14 de la CCBA para definir las respectivas pretensiones y también el recurso de inconstitucionalidad que esa queja supone, revocando la sentencia de la Sala I de la Cámara; *b)* rechazar parcialmente la queja con relación al agravio referido a la interpretación de las reglas infraconstitucionales aplicadas.

Las costas del proceso deben ser soportadas por su orden (art. 14, cuarto párrafo, CCBA), a pesar de que yo he considerado incorrecta la vía del amparo, pues la utilización de este procedimiento fue, como realidad, incontrastable.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga —con los matices propios de cada caso—, a la resuelta por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

Por ello, y por razones de brevedad, nos remitimos a los fundamentos que exteriorizamos en aquélla oportunidad, y que nos llevaron —al igual que en el presente caso— a concluir que corresponde: *a)* admitir parcialmente la queja con relación a los agravios planteados en punto a la interpretación del art 14 de la CCBA y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado a partir de esa regla; *b)* confirmar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad por la Cámara, con relación a todos los demás agravios de la impugnación; *c)* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta Verónica Berdiñas (ley local 402, art. 31) y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Los agravios expresados en la queja del GCBA apuntan, por una parte, a la elección de un procedimiento inaplicable y, por la otra, a la interpretación que la sentencia asigna al art. 6º del dec. 282/96, que la recurrente estima arbitraria, violatoria del principio de división de poderes, que funda en lo dispuesto en los arts. 102 y 104 inc. 9º, CCBA, y del art. 43, CCBA, en cuanto dispone que el ingreso y promoción en las carreras por especialidad se realiza por concurso público. En lo relevante, dichos agravios resultan

sustancialmente análogos a los traídos a conocimiento de este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006. En dicha oportunidad sostuve que los agravios del GCBA no suscitaban la intervención del TSJ puesto que *i)* el referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aún cuando altamente significativo, no versaba acerca de la sentencia definitiva pues no se dirigía a demostrar de qué manera ésta pudo resultar afectada por el proceso adoptado, *ii)* el referido al principio de división de poderes carecía de relación directa con las garantías constitucionales invocadas, constituyendo, en tales condiciones, una mera discrepancia con el criterio utilizado por el *a quo* al interpretar el art. 6º del dec. 282/96, que no exhibía vicios que permitieran considerarlo arbitrario, y, finalmente, puesto que *iii)* la invocación del art. 43, CCBA realizada por la recurrente era el fruto de una reflexión tardía, realizada por primera vez ante este tribunal.

Por ello, conforme mi voto *in re* "Akrich", al que cabe remitirse en honor a la brevedad, voto por rechazar el recurso de queja articulado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

Por ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad. En consecuencia, voto por (i) admitir el recurso de queja interpuesto por la demandada en cuanto contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y (ii) rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, con costas al Gobierno.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir parcialmente* el recurso de queja y *hacer lugar,* con similar alcance, al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA.

2º. *Confirmar* el rechazo del recurso de inconstitucionalidad en relación con los restantes agravios.

3º. *Revocar* la sentencia apelada y *rechazar* la demanda de amparo interpuesta por Verónica Berdiñas.

4º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 29/11/2006, dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", mencionada en los fundamentos.

5º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado.

6º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 4 y se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

En el mismo sentido se resolvió en la causa nº 4926/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA'", también del 11/4/2007.

XLIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'OVEJERO, CARLOS MANUEL S/INF. ART. 189 BIS C.P. —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Caso constitucional. Portación de arma de fuego de uso civil. Producción de prueba por parte del Ministerio Público durante la audiencia de debate. Derecho de defensa en juicio. Interpretación de normas de derecho procesal local. Suspensión del juicio a prueba. Aplicación del art. 76 bis del C.P. Sentencia definitiva. Cuestiones de hecho y de prueba. Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Pena privativa de la libertad de ejecución condicional. Imposición de reglas de conducta. Omisión de su mención en el momento de leerse el veredicto. Adición punitiva al dispositivo y sentencia dictados que agrava la condena. Principio de *ne bis in idem*. Prohibición de *reformatio in peius*.

Expte. nº 4916/06 - 11/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Carlos Manuel Ovejero interpuso un recurso de queja (fs. 78/102) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad, agregado en copias a fs. 73/6 vta.

El recurrente solicita al Tribunal que trate los agravios constitucionales que —según su criterio— le generó la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, cuya copia obra a fs. 48/52 vta.

En dicha sentencia, los camaristas confirmaron la condena dictada en primera instancia por la cual se impuso al quejoso la pena de un año y seis meses de prisión —de ejecución condicional— y el cumplimiento —durante dos años— de las reglas de conducta previstas en los incisos primero, tercero y séptimo del art. 27 bis del C.P., todo ello por haberlo considerado responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, [2], párrafo 3º C.P.).

2. Al interponer su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo los siguientes agravios:

a) Violación del derecho de defensa (del cual derivó el "principio de igualdad de armas"), del sistema acusatorio y del principio de imparcialidad del juzgador. Esta afectación se habría producido cuando el magistrado que actuó en el debate, luego de denegar la incorporación por lectura del peritaje producido en la etapa preparatoria, admitió —frente al pedido del fiscal— su producción durante la audiencia de juicio.

En la misma línea argumental, expuso que la Cámara desechó con "rigorismo formal absoluto" (fs. 57) la apelación articulada sobre este punto. Esta última decisión, además de mantener las afectaciones constitucionales mencionadas, también implicó el cercenamiento de su derecho a ser oído.

b) Vulneración del principio de legalidad material, porque la Sala II —al confirmar la denegatoria del pedido de suspensión del juicio a prueba, formulado como cuestión preliminar del debate— adoptó una interpretación del art. 76 bis, C.P. que no resultó la más favorable a su asistido de entre las posibles (fs. 62).

La defensa, en resumen, sostuvo que la Cámara estaba obligada a adoptar un criterio amplio de admisión de la suspensión del juicio a prueba y, en consecuencia, debió considerar oportuna la solicitud realizada durante la audiencia del art. 59, LPC.

De modo complementario, manifestó que el sistema recursivo vigente sólo permite cuestionar las decisiones tomadas en dicha etapa del

proceso —en el caso, la denegatoria de su requerimiento de suspensión del proceso a prueba— después de que se dictó condena, por lo que —a diferencia de lo sostenido por la Sala II— su apelación sobre este punto era pertinente.

c) Afectación del derecho a recurrir ampliamente el fallo condenatorio. Basó este agravio en que la Cámara, sin razones suficientes, no analizó "las contradicciones evidenciadas entre los testigos, la soledad del testimonio incriminador de uno de los policías, ni la falta de un peritaje papiloscópico, ni la omisión de parte de los funcionarios policiales del cumplimiento de todos los recaudos exigidos para la preservación de pruebas". En razón de ello, el defensor entendió que se trataba de una decisión arbitraria que, por ello, había afectado el derecho a ser oído de su asistido (fs. 67 vta.).

d) Violación del principio de contradicción —derivado del derecho de defensa en juicio— porque la Sala otorgó sólo una respuesta aparente a su agravio respecto de que en esta causa el juez de primera instancia —al ponderar la pena— valoró como agravante dos circunstancias que la fiscalía no consideró de ese modo.

e) Vulneración del derecho de defensa y del principio de legalidad material porque en los fundamentos de la sentencia de primera instancia se fijaron reglas de conducta que no fueron mencionadas al momento de leerse el veredicto (ni fueron solicitadas por el fiscal) y, además, no se describieron específicamente cuáles de aquellas contenidas en los incs. 3º y 7º del art. 27 bis del C.P. debe cumplir el Sr. Ovejero.

Los agravios descriptos, según el recurrente, se habrían mantenido luego de la decisión de la Cámara debido a que en ella no se explicó "por qué se seleccionaron esas reglas y no otras, falencia que impide su contradicción específica por parte de esta defensa" (fs. 70 vta.).

3. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad los camaristas hicieron el siguiente análisis:

a) Respecto de la producción del peritaje balístico durante el debate, advirtieron que el defensor no demostró una vinculación precisa y concreta entre las garantías que dice vulneradas y lo resuelto en autos. Agregaron que el acto mencionado se produjo por un requerimiento de la fiscalía y su concesión se basó en una interpretación de la ley procesal vigente, sobre la que el acusado sólo manifestó su simple discrepancia.

b) En cuanto al rechazo a su pedido de suspensión del juicio a prueba, indicaron que "el agravio constitucional ha sido presentado de manera extemporánea. La cuestión no se restringe a la delimitación de los plazos

legales recursivos, sino a la incompatibilidad del planteo ante la existencia de una sentencia condenatoria producto de un juicio que no se suspendió, careciendo de actualidad el interés en juego" (fs. 74 vta.).

c) Sobre la violación del derecho al recurso, por insuficiente revisión de la condena, consideraron que el imputado sólo reiteró su desacuerdo con el análisis efectuado por los jueces de la causa, lo que no constituye un supuesto de sentencia arbitraria.

d) Entendieron, asimismo, que los agravios vinculados a la ponderación de la pena y la imposición de reglas de conducta no tienen anclaje constitucional, sino que constituyen una mera divergencia con el modo en que se aplicaron las normas infraconstitucionales correspondientes (art. 27 bis, 40 y ss. del C.P., y 126 del CPPN).

4. Contra la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (resumida en el punto anterior), el defensor del Sr. Ovejero interpuso el recurso de queja de fs. 78/102, al que se aludió en el punto 1 de estas resultas.

5. El Fiscal General Adjunto contestó oportunamente la vista que le fuera conferida y, en dicha ocasión, solicitó el rechazo de la queja interpuesta. Estimó que la Cámara (al resolver la apelación planteada) contestó todos los argumentos que motivaron el recurso de la defensa. En este sentido, planteó que la queja sólo reitera su disenso con una decisión judicial adversa. Por último, analizó y defendió los argumentos de la Sala II en el fallo atacado mediante el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que, confirmando la de primera instancia, condenó a Carlos Manuel Ovejero como autor responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil (conf. art. 189 bis, inc. 2º, párr. 3º del C.P.) a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y a la observancia durante dos años de las reglas de conducta previstas en los incs. 1º, 3º y 7º del art. 27 bis del CC, la defensa oficial interpuso un recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

2. En el recurso de queja, la defensa controvierte el alcance otorgado, tanto en primera como en segunda instancia, a la ley procesal, en cuanto, a criterio del recurrente, se produjo "…un evidente desequilibrio que alte-

ra el derecho constitucional de defensa en juicio (arts. 18 C.N. y 13, CCBA), en uno de sus aspectos esenciales: la igualdad de armas…" al permitirle ofrecer y producir prueba al ministerio público durante la audiencia de debate (fs. 79/83 vta.). Se agravia, asimismo, de la interpretación que efectuó el *a quo* del art. 76 bis del C.P., interpretación que a su entender resultaría violatoria del principio de legalidad material (fs. 87 vta.).

A su vez, tacha de arbitrario el fallo de Cámara. Sostiene que no existen probanzas suficientes que acrediten la responsabilidad de su defendido respecto de los hechos que se le endilgaron; subsidiariamente solicita una diversa calificación de los hechos: tenencia de arma de fuego de uso civil (conf. art. 189 bis, párr. 4º del C.P.) (fs. 90 vta./96 vta.). Por último, la defensa discrepa tanto con el monto de la pena como con la reglas de conductas impuestas a su asistido (fs. 96 vta./101).

Aunque interpuesta en tiempo oportuno la queja no puede prosperar, porque el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado.

3. La Cámara confirmó la sentencia del juez de grado, en lo que ahora importa, en cuanto hizo lugar a la producción de un nuevo peritaje balístico ofrecido por el fiscal durante la audiencia de debate. Fundó su decisión en el hecho de que el recurrente no acreditó que dicha decisión le haya provocado un perjuicio concreto (fs. 49 vta./50).

Sostiene la defensa que la ley procesal (ley 12) no admite que el ministerio público pueda ofrecer prueba durante el debate. En este orden de ideas, expresa que el legislador local le otorgó "al fiscal dos ocasiones para el ofrecimiento de prueba para el debate. Primero, cuando requiere juicio (art. 56 inc. 3º, acápite c) y segundo, cuando el juez de juicio cita a las partes (art. 59 inc. 2º)", por lo que, al "habilitar el señor juez la prueba pedida por el fiscal en el debate, [produjo] un evidente desequilibrio que altera el derecho constitucional de defensa en juicio (arts. 18 C.N. y 13.3, CCBA), en uno de sus aspectos esenciales: la igualdad de armas..." (fs. 79 vta.). Agrega que por aplicación de la garantía del *non bis in idem* de acogerse el presente planteo se deberá absolver a su asistido, puesto que no se lo podría someter a una nueva audiencia de debate.

Si bien invoca la igualdad como base de su agravio, no la relaciona concretamente con lo resuelto, en tanto no muestra que igual posibilidad, o el control de la medida pedida por fiscal, le hayan sido negados. A su vez, aunque invoca el *non bis in idem,* garantía sólo susceptible de tutela inmediata, la asume como un impedimento para un ulterior desarrollo del proceso en el supuesto de lograr la anulación de la condena impugnada. Busca, en cambio, apoyar el planteo en la interpretación de normas procesales cuya pura revisión es ajena a esta instancia. Tampoco muestra que la interpretación realizada por los jueces de mérito sea arbitraria.

4. Postula también la defensa que la interpretación efectuada por la Cámara del instituto regulado por el art. 76 bis del C.P. posibilitó la lesión del principio de legalidad material (arts. 13, CCBA y 18, C.N.). En este orden de ideas, afirma que aun cuando "…frente al vacío respecto del momento a partir del cual puede solicitarse y disponerse la solicitud de la suspensión del proceso prueba del que adolece la normativa que regula la materia (arts. 76 bis del C.P. y 293, CPPN, aplicable conf. art. 55 LPC, según ley 1287), ésta puede ser interpretada de dos maneras: una, que tal solicitud y resolución sólo es admisible hasta antes de que se inicie el debate —en tesis que se ha denominado restrictiva—; la otra, que la oportunidad se extiende más allá de ese momento —tesis amplia—…" (fs. 88), empero, si se interpreta dicha norma a la luz de la Constitución la única alternativa posible es la segunda. Por lo que "...la Sala II de la Cámara del Fuero, 'frente al vacío normativo' que admite existe, ha optado por la solución más restrictiva y más perjudicial para los intereses del imputado, sin base legal alguna que la sustente, en franca contradicción con la interpretación restrictiva del poder punitivo que impone el principio constitucional de legalidad material, circunstancia que genera caso constitucional y abre la puerta a la intervención del Máximo Tribunal local en el caso..." (fs. 89 vta.).

Dicho agravio no suscita la competencia de este Tribunal. Por un lado, porque no tiene por objeto la sentencia definitiva, lo que resulta fácil de constatar, tan pronto se concibe la posibilidad de ser desarrollado y resuelto con anterioridad al dictado de la sentencia condenatoria o absolutoria. Por el otro, porque no versa acerca de la interpretación de una norma constitucional, sino sobre normas nacionales o locales inferiores, lo que impide su análisis en esta instancia, salvo supuestos de arbitrariedad que no muestra el recurrente que se den en el *sub lite*.

5. El recurrente tacha de arbitraria la sentencia dictada por la Cámara. Reprocha a los camaristas que no reconstruyeran "...la cadena de inferencias lógicas que culminó..." (fs. 95 vta.) con la condena de su asistido, y que no analizaran "...el cúmulo de contradicciones evidenciadas entre los testigos, la soledad del testimonio incriminador de uno de los policías..." *(sic)* (fs. 95 vta.). A su vez, sostiene, que ni el juez de primera instancia ni la Cámara fundaron por qué el personal policial se apartó de las directrices que establece la "...'Guía para la preservación de las pruebas en el lugar del crimen', documento oficial de la Policía Federal Argentina, editado por Editorial Policial, que exige una serie de requisitos a fin de asegurar la prueba que, en el caso, no se cumplieron…" (fs. 96), entre los que se encuentra la realización de un peritaje papiloscópico. En

subsidio, solicita que se califiquen los hechos imputados a su defendido como tenencia de arma de fuego de uso civil.

Tal como fue esgrimido dicho planteo no logra exponer un caso constitucional, puesto que, como bien señaló la Cámara, reitera la defensa los planteos efectuados al momento de pronunciar su alegato final ante el juez de grado sin rebatir las razones que en esa ocasión le fueron brindadas (fs. 50). El juez de grado afirmó que "[e]s cierto que no se tomaron los recaudos mencionados por la defensa de Ovejero, en cuanto a seguir los pasos de la guía de procedimiento de la Policía Federal Argentina, pero ello no es óbice como para determinar que el arma no estuviera cargada.// Es decir que toda la prueba reunida en la audiencia de debate, es concordante para tener por acreditada materialidad del hecho y también la autoría del mismo, que recae en este caso en Carlos Manuel Ovejero…" (*sic*) (fs. 21 vta.). Si bien dichas aseveraciones conllevan observar un rigorismo mayor al momento de analizar los testimonios brindados por los testigos, las discrepancias del recurrente, en lo que hace a este punto, no versan acerca del contenido del acta, sino que transcurren por la apreciación efectuada por los jueces de mérito en relación con los dichos de los testigos y a su grado de autenticidad, consecuentemente, remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba, resueltas por los jueces de la causa con fundamentos suficientes de ese carácter que, al margen del grado de acierto o error, impiden su descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

Por idénticas razones, tampoco resultan admisibles los agravios del recurrente vinculados con la calificación legal de los hechos incriminados al imputado.

6. Por último, tampoco pueden prosperar los agravios descriptos en los punto 2 d) y e) de los resultas (fs. 96 vta./101). En efecto, la defensa reproduce el planteo efectuado ante la Cámara y no revierte las razones que el *a quo* le suministró al tratar dicho planteo. Por lo demás, ellas reconocen fundamento en cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas infraconstitucionales (arts. 27 bis y 41 del C.P. y 126 del CPPN) del mismo modo que lo tienen los agravios esgrimidos por la defensa, lo que los tornan planteos pasibles de ser revisados por los tribunales de mérito, pero ajenos a la competencia de este Tribunal. Dicha situación priva a los arts. 13.3 de la CCBA y 18 de la C.N. invocados de relación directa con lo resuelto en el *sub examine*.

7. Por las razones que anteceden y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 78/102.

8. Por las razones apuntadas en mi voto en la causa "Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 3996/05, sentencia de este Tribunal del 14/9/2005, voto por no exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, en tanto pone de resalto que los agravios desarrollados por la quejosa no resultan idóneos para delinear un caso constitucional susceptible de habilitar la competencia de este estrado en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

2. En efecto, los planteos que contiene el recurso se vinculan con: *a)* la discrepancia sobre la interpretación del derecho procesal local —por la alegada aplicación errónea de la ley adjetiva al ordenarse la realización de un nuevo peritaje balístico—; *b)* la discrepancia sobre la interpretación del derecho común o infraconstitucional —art. 76 bis, C.P.—; y *c)* la discrepancia sobre la valoración de los aspectos fácticos y probatorios que respaldaron la condena.

Asimismo, entiendo que la mera invocación del principio de "legalidad material" (conf. fs. 100) orientada a controvertir una supuesta "falta de claridad" a la hora de fijar ciertas reglas de conducta, así como la convalidación misma de tales reglas por parte de la Cámara (*obligatorias* según el diseño del art. 27 bis, C.P., al haberse decidido en el caso suspender condicionalmente la ejecución de la pena), en rigor, no guarda relación directa con lo resuelto, más allá del acierto o error de la fundamentación brindada sobre el particular por el tribunal *a quo*. Ello, en mi concepto, es suficiente para decidir el rechazo de la queja también en este punto.

3. En lo que hace a la solicitud de exención del pago del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 (fs. 78 vta.), considero que la misma debe ser rechazada, toda vez que el recurrente no ha acreditado encontrarse dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial. Por consiguiente, y en atención a la improcedencia de la queja, la obligación de efectuar el mentado depósito se ha hecho exigible (conf. mis votos en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. nº 2266, sentencia del 16/7/2003 y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996/05, sentencia del 14/9/2005).

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Fiscal General Adjunto (fs. 107/109), entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la defensa del señor Carlos Manuel Ovejero.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En general coincido con la opinión del señor juez de trámite, con una única salvedad, por las siguientes razones, expresadas sintéticamente:

a) No es que coincida con la interpretación que se ha hecho alrededor de la validez o invalidez de las peritaciones realizadas sobre el arma, sino que, antes bien, el punto, en principio, no suscita la competencia del Tribunal Superior de Justicia por la vía del recurso de inconstitucionalidad, pues, tal como ha sido planteado, se trata de una discusión sobre los hechos del proceso y la interpretación de la ley procesal penal, y el recurrente, que pudo intervenir en ambas peritaciones, no revela, en realidad, cuál fue el agravio que esta fuente de conocimiento le provocó al derecho de defensa o, como él lo expresa, a la "igualdad de armas". Por lo demás, el argumento relativo al *ne bis in idem*, sobre este aspecto del asunto, resulta pueril y hasta risueño: todos sabemos que si el acusado hubiera sido absuelto, hoy no sería posible su nuevo juzgamiento por el mismo hecho; pero el imputado fue condenado y, precisamente por ello, estamos en estos trámites.

b) La suspensión del juicio a prueba es una decisión que corresponde regularmente a los tribunales de mérito, tanto en sus aspectos fácticos, que reclaman valoración de prueba, como en sus aspectos jurídicos, que suponen la interpretación de la ley penal. En el recurso no se ha sostenido, de manera alguna, que la regulación impuesta a esta institución por el C.P., 76 bis y ss., resulta contraria a alguna regla constitucional, ni que la interpretación que fundó el rechazo criticado resulta escandalosamente contraria a una garantía impuesta constitucionalmente que, por otra parte, el recurso no menciona. Resulta claro que se trata, al decidir la suspensión o la continuación del juicio, de una posibilidad discrecional para los jueces de mérito y de allí que su rechazo, si no se funda en un agravio superior (discriminación ilícita), carece de relevancia para un recurso de inconstitucionalidad y no funda la competencia del Tribunal Superior de Justicia. Por lo demás, según se observa, se trata otra vez de la interpretación de la ley común, penal, infraconstitucional.

c) Todo el reclamo relativo a discrepancias en la valoración de la prueba, porque, según la defensa, la producida en el debate no alcanzaría para una condena, carece también de relevancia para el recurso de incons-

titucionalidad y no funda la competencia recursiva del Tribunal Superior de Justicia, según el art. 27 de la ley local 402. Tampoco la discrepancia respecto de la valoración de la prueba del debate pudo ser argüida por el recurrente, pues la Cámara no presenció el debate que él critica (1ª instancia) —y, por ello, es incapaz de valorar elementos que no presenció (principio de *inmediación*)—, sino que, al no requerir el recurso de apelación un nuevo debate sobre elementos dudosos, se limitó a examinar que el juez de 1ª instancia no hubiera afirmado un sinsentido. En lo demás, se trata sólo de la discrepancia valorativa mencionada al comienzo.

d) A idéntico resultado se debe arribar en las objeciones relativas a la medida de la pena. La Cámara, conforme a los elementos que frente a ella tenía, confirmó la medición del juez de 1ª instancia en su sentencia y no se observa que los argumentos por los cuales llegó a esa solución devengan de valoraciones constitucionalmente ilegítimas. Se trata, otra vez, de discrepancias con la pena que hubiera impuesto el señor defensor, si hubiera sido juez. Más alla de ello, el defensor no solicitó debate alguno ante la 2ª instancia que agregara o restara elementos al debate de 1ª instancia, ya sucedido.

2. Sin embargo, voy a discrepar con mi colega, el señor juez de trámite, en un aspecto muy parcial de la cuestión. Se trata del dispositivo referido a las reglas de conducta. Y mi discrepancia no se refiere al argumento —también pueril— de la defensa, relativo a que no le queda claro qué actividad le está vedada según la regla de conducta aparentemente impuesta —en todo caso puede preguntarle al ejecutor de la pena, pero la contestación es obvia—, sino, por lo contrario, al argumento relativo a la discrepancia entre el dispositivo original, leído, y la sentencia escrita con sus fundamentos, que agrega un punto dispositivo relativo a estas reglas de conducta, no existente en el dispositivo originario. El recurso, a decir verdad, no acierta demasiado al enunciar el principio constitucional transgredido por esa conducta procesal, pero me parece que no es posible ignorarlo, dado que ha sido parte de los agravios en el recurso de apelación, también en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja. Soy conciente de que, en cierta manera, auxilio al recurso, pero ello, según me parece, es posible en casos como el aquí planteado.

Para comenzar a discurrir sobre este pequeño punto y la sentencia a dictar por este Tribunal, quiero partir de la base de que la sentencia de la Cámara, aquí obrante a fs. 48 y ss., tiene por cierto que el señor juez de primera instancia optó por usar el mecanismo de excepción que le permite el CPPN, 400, II, esto es, por dividir la comunicación oral del dispositivo al finalizar el debate, y la lectura íntegra de la sentencia con sus fundamentos. Al mismo tiempo, la Cámara da por cierto —sin que yo pueda verificar lo

contrario, pues no ha sido pedido el expediente original, ni resulta necesario (en primer lugar, por la afirmación de la Cámara y, en segundo lugar, porque el recurrente no lo ha solicitado)— que el señor juez leyó el dispositivo de la sentencia, que no contenía referencia alguna a la imposición de reglas de conducta, y cinco días más tarde, como lo permitiría eventual y genéricamente la ley supletoria aplicada, leyó la sentencia con sus fundamentos, que, ¡oh sorpresa!, contenía un punto II en el que disponía las reglas de conducta previstas por el C.P., 27 bis, incs. 1º, 3º y 7º.

No se trata, como dice la Cámara en su sentencia, de una *aclaratoria* en el sentido del CPPN, 126, precepto que no permite modificaciones sustanciales de la sentencia, sino tan sólo la superación de omisiones o errores materiales que no influyan en el dispositivo, o ínsitas en él, como un cálculo mal hecho, pero cuyas reglas básicas ya estaban contenidas en el dispositivo leído (por ejemplo, fecha de finalización de la pena). Se trata, en cambio, de una adición punitiva al dispositivo y a la sentencia ya dictados, que —fácil resulta observarlo— agrava la condena. Y ello no se subsana por el hecho de que la ley penal prevea la adición a la pena de algunas o una de las reglas de conducta (más allá de la interpretación que merezca esa regla). Lo cierto es que, una vez expresado el dispositivo de condena, él no puede ser agravado luego por la expresión de los fundamentos, expresión que, precisamente, sólo puede referirse al dispositivo leído y no a una ampliación de la condena, por justa que ella parezca al redactar los fundamentos. De paso sea dicho, la sentencia no agregó fundamento alguno para esta ampliación; sólo incluyó la imposición de las conductas citadas. El problema se vería con mayor claridad, si, para acudir a un ejemplo de fuerte impacto, suponemos —por vía de la imaginación— que el juez de 1ª instancia, al redactar los fundamentos, hubiera sostenido que la pena de prisión ya decidida era escasa y hubiera revocado su condicionalidad o la hubiera aumentado temporalmente.

Según mi juicio, esto lesiona el principio *ne bis in idem* y, derivado de él, la prohibición de la *reformatio in peius* —más aún al no haber recurrido la sentencia la fiscalía—, máximas que han merecido *status* constitucional según doctrina y jurisprudencia prácticamente unánimes, ya por representar una garantía republicana no enumerada (C.N., 33), ya por resultar ínsitas en el principio de defensa (C.N., 18).

3. Me pregunto ¿qué dispositivo le corresponde a esta sentencia según mis fundamentos? En primer lugar, corresponde admitir la queja y abrir el recurso de inconstitucionalidad parcialmente, conforme al punto anterior de este voto (nº 2) y rechazar la queja por todos los demás motivos, examinados en el punto nº 1. En segundo lugar, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad admitido y, como consecuencia

de esta decisión, revocar la sentencia de Cámara en cuanto confirma el punto II de la sentencia de 1ª instancia, que impone instrucciones para la conducta del condenado, y, a mérito de la permisión contenida en el art. 31, II, de la ley local nº 402, revocar también la imposición de esas instrucciones por el segundo dispositivo de la sentencia de 1ª instancia.

Así voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue presentado por escrito, ante el Tribunal competente y en tiempo oportuno. Asimismo, contiene un relato detallado de los antecedentes del caso y expone los argumentos por los que, a criterio de la defensa, el recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado.

2. Tal como lo expondré a continuación, considero que las razones que presenta el defensor en su recurso de queja sólo son suficientes para habilitar competencia extraordinaria local en lo referente al último de los agravios expuestos —vinculado a la imposición de reglas de conducta previstas en los incs. 1º, 3º y 7º del art. 27 bis del C.P. que no habían sido mencionadas en el veredicto— por lo que alteraré el orden de tratamiento de las cuestiones.

3. El quejoso sostiene que la imposición de reglas de conducta previstas en los incs. 1º, 3º y 7º del art. 27 bis del C.P. que no habían sido mencionadas en el veredicto, ni habían sido solicitadas por el fiscal, implicó la violación del principio de legalidad y del derecho de defensa en juicio.

Si bien la queja contiene una limitada crítica al auto denegatorio tal como lo señala mi colega Maier en su voto, entiendo que la misma es suficiente para habilitar el análisis del agravio constitucional.

Asiste razón a la defensa respecto de la existencia de un agravio de índole constitucional dado que el agravamiento de la condena una vez notificado el veredicto produce en efecto una violación de las garantías constitucionales constitutivas del principio de defensa y del debido proceso (art. 18, C.N.).

4. Respecto del resto de los agravios, la defensa no logra formular una crítica que rebata las razones por las que la Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad, por lo que la queja no habilita el tratamiento de los mismos.

5. Por lo expuesto adhiero a la solución propuesta por mi colega Julio B. J. Maier en el punto 3 de su voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. En términos generales comparto los fundados votos de mis colegas preopinantes, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier, en cuanto ponen de

resalto que el recurrente no ha logrado presentar un caso constitucional respecto de los agravios señalados en los apartados *a)*, *b)*, *c)* y *d)* de las resultas de esta sentencia. No ocurre lo mismo con el apartado *e)* por razones similares a las expuestas por el doctor Maier (punto 2 de su voto). Si bien lo dicho importa adelantar el éxito parcial de esta queja, y del recurso de inconstitucionalidad, considero necesario enunciar sintéticamente los motivos que me conducen a tal solución, puesto que no necesariamente coinciden en su totalidad con los expresados por mis distinguidos colegas.

a) Lo concreto es que el fiscal de grado ofreció en el requerimiento de juicio (art. 56.3 LPP), como prueba documental, el peritaje sobre el arma que se había realizado durante la investigación penal preparatoria. La defensa, si bien pudo oponerse a su futura incorporación por lectura *(sin citación de los peritos)* cuando se notificó del requerimiento de juicio, no lo hizo, sino hasta que ofreció su prueba de descargo (art. 59.2 LPP), esto es, tardíamente, en tanto de tal modo impidió, por ejemplo, que el fiscal citara a quienes habían practicado la diligencia mediante un nuevo ofrecimiento de prueba (en virtud del referido art. 59.2 que lo autorizaba para ello); el defensor oficial tampoco propuso aquella citación, aun cuando, a su criterio, era necesaria. El juez de primera instancia (según una particular exégesis del art. 355, CPPN) resolvió hacer lugar a la oposición del defensor durante la audiencia, pero esto no le impidió, frente a la nueva solicitud del fiscal, acceder a la producción de esta prueba pericial razonablemente "indispensable" (art. 388, CPPN), por cuanto, de esta manera, garantizaba que las partes pudieran controlar u objetar su resultado —único aspecto que, por otra parte, pudo fundar válidamente una disconformidad a su mera incorporación por lectura—. En estas condiciones, no entiendo de qué forma la producción de la *prueba ya conocida*, con pleno control de las partes, pudo cercenar la posibilidad de que la Defensa Oficial ejerciera su ministerio. Ello alcanza para sostener que este supuesto agravio constitucional sólo encubre una discrepancia con esta aplicación del art. 388, CPPN, empleado, en verdad, como consecuencia de la propia actuación del recurrente, quien pudiendo eludirla oportuna y legalmente (art. 56.3 LPP), no lo hizo tal como dictaminó el Fiscal de Cámara (fs. 41/44) y, a su turno, ante este estrado, el Fiscal General Adjunto (fs. 107/109).

El recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente denegado en este punto toda vez que, al margen de lo asentado, la aplicación de la norma infraconstitucional que le inquieta, no se exhibe como lesiva del "derecho de defensa en juicio —en sus derivados de la igualdad de armas y del derecho a ser oído—, la garantía de la imparcialidad y el principio acusatorio" (fs. 83 vta.); y mucho menos arbitraria o disparatada (ver en este mismo sentido: Abalos, Raúl Washington: *Código Procesal Penal de*

la Nación, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 830, 834 y 835; y Clariá Olmedo, Jorge A.: *Tratado de derecho procesal penal,* 1ª ed., Ediar, t. VI, pp. 266 y 267).

b) La Cámara, en el auto denegatorio, afirmó equivocadamente que el agravio constitucional referido a la suspensión del juicio a prueba había sido introducido de manera extemporánea (fs. 74 vta.). No obstante, el quejoso ni siquiera advirtió tal defecto y ello obsta la admisibilidad de su presentación directa, en tanto casualmente debía rebatir ese auto denegatorio y no lo hizo (aunque hubiera sido sencillo si señalaba la falencia indicada).

En efecto, el *a quo* entendió que la defensa sólo reeditaba el planteo rechazado por el juez de primera instancia, cuando, en rigor, esto no fue así, pues los cuestionamientos efectuados en el recurso de inconstitucionalidad se encaminaron a impugnar el criterio expuesto por la Cámara —al resolver la apelación—, según el cual la solicitud de suspender el juicio a prueba (art. 76 bis, C.P.) formulada durante el debate resultaba *extemporánea* (fs. 49), ya que ese requerimiento reconocía como límite temporal, la iniciación efectiva del juicio (tesis que la defensa denominó "restrictiva"); criterio que por cierto, no había sido sustentado por el juez de grado, quien, por el contrario, había rechazado esa solicitud por *falta de conformidad* del acusador (sobre la base de otra tesis que la defensa también llamó "restrictiva"), como se desprende del recurso de apelación (fs. 27/40) y de la sentencia de mérito contra la cual aquél se interpuso (fs. 13/24). Dicho en pocas palabras, el supuesto agravio constitucional invocado en el recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 53/72), referido al momento hasta el cuál podría solicitarse la suspensión del juicio, había nacido con la sentencia de la alzada y, por lo tanto, difícilmente podía tratarse de una reflexión tardía. Por su parte el motivo de impugnación de su apelación, relacionado con la necesidad del consentimiento del fiscal, había quedado desvirtuado indirectamente por la decisión adoptada por el *a quo*, en tanto, si no cabía suspender el juicio en el debate, poco importaba la oposición del acusador manifestada en él. Lo expuesto importó un claro vicio en la motivación del auto denegatorio, pero él no es suficiente para admitir la queja, pues, reitero, nada de esto fue fundamentado por el propio interesado en que ella triunfe.

Aún si se observara la queja de manera indulgente, por la materia del proceso y los derechos en juego, cabría sostener que la defensa sólo insiste en proponer su particular interpretación de una norma infraconstitucional (del art. 76 bis C.P.), según la cual era válido, en función de una tesis "amplia" (fs. 88), suspender el juicio como cuestión preliminar al debate. Por este motivo, solicita al Tribunal que deje sin efecto lo resuelto, en

sentido contrario, por la Sala II, y ordene que se dé trámite a tal beneficio (fs. 90 vta.). Ciertamente ello no es posible, pues la propia defensa se ocupa de explicar, con sobrada solvencia académica, que la decisión de los jueces de mérito se funda sobre la base de una de las interpretaciones posibles de la norma aplicada, la cual, además de "discutible" (fs. 90) como asegura el recurrente, es la sustentada por una gran parte de la doctrina y jurisprudencia del país. El planteamiento constitucional presentado es, por ello, la manifestación de su disconformidad con las razones dadas en la instancias anteriores para rechazar esa solicitud (en un caso, por falta de acuerdo del fiscal y en otro por la extemporaneidad de la petición) y, más allá de la invocación de principios constitucionales, ella no habilita la competencia extraordinaria de este Tribunal Superior, mientras no se demuestre un absurdo manifiesto en estas razones, o su contradicción con algún principio constitucional. Los pronunciamientos dictados en materia de suspensión del juicio a prueba, si bien no son las únicas interpretaciones posibles como lo señala el recurrente, distan de estar injustificados o de ser constitucionalmente inaceptables. Se trataría, en definitiva y como explica el juez Maier, de una cuestión reservada a los jueces de la causa, en principio, ajena a la vía intentada.

En conclusión, mientras aparezca suficientemente argumentada en la sentencia recurrida la adopción "expresa" de alguna de las distintas posturas existentes y aceptadas en materia de suspensión del juicio a prueba, y en la medida en que aquélla no implique una lesión significativa a un principio de rango superior, esta interesante discusión, propia de la academia, escapa al objeto del recurso de inconstitucionalidad (art. 113.3, CCBA). Sin perjuicio de lo anterior, no dejo de pensar que resultaría de interés la adopción de un criterio unívoco en cuanto a este punto, criterio que, por cierto, no puede ser adoptado en esta instancia de excepción.

c) La tacha de "arbitrariedad en la valoración de la prueba", al margen de que no constituye una causal idónea para acceder a esta instancia (*in re*, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996, sentencia del 14/9/05), sólo encubre una simple disconformidad con el modo en que, en opinión del defensor, los jueces de la Cámara debían tratar los agravios presentados en su recurso de apelación. Pese a su extensa fundamentación, en la queja no se demuestra que la condena se fundara en pruebas inexistentes o falsas, ni se acredita ningún exceso en la facultad de selección y valoración de éstas, por lo cual y como concluyó la Cámara, el aspecto material de la imputación pudo ser razonablemente determinado, con certeza suficiente, sobre la base del bagaje probatorio analizado por el juez del debate, desvirtuando, de esta forma, la presunción de ino-

cencia que pesaba sobre el imputado. Las dudas que pretende generar el recurrente no tienen virtualidad alguna para derribar los fundamentos enunciados por todos los jueces de mérito.

En ese sentido, la repetida mención de supuestas inobservancias a la "Guía para la preservación de las pruebas en el lugar del crimen" (con fecha de publicación ignorada), ninguna sombra proyecta sobre el procedimiento policial, al menos con el alcance que el defensor pretende otorgarles a estas inobservancias, pues aquella guía no parece más que una obra bibliográfica consultiva, no vinculante para los agentes de prevención. En consecuencia, el hipotético incumplimiento de aquel "manual", cuyo carácter de "estánda[r] normativ[o]" (fs. 96) resultaba algo dudoso y exigía ciertas precisiones que el quejoso ha entendido irrelevantes en todas sus presentaciones, al referirse a cuestiones de hecho y prueba, no sólo escapa al examen constitucional que desarrolla nuestro Tribunal, sino que, igualmente, pudo encontrar respuestas satisfactorias en las circunstancias fácticas comprobadas en el debate (entre ellas: que el hecho ocurrió un día 13 de enero a las 19:40 hs., en la terminal de ómnibus de Retiro, esto es, en un espacio y tiempo caracterizado por una "altísima concurrencia" [fs. 23], lo cual razonablemente pudo incidir en que no se cumpliera con la totalidad de los recaudos que recomienda su "guía").

Paralelamente, la supuesta ignorancia de la doctrina del "agotamiento de la máxima capacidad revisora" (CSJN, *in re* "Casal") por los jueces de la Cámara, tal como es presentado en su queja, simplemente, oculta un pedido dirigido a este Tribunal para que se interpreten los hechos y pruebas de este sumario, lo cual una vez más, no parece plausible. Los magistrados que han revisado el fallo condenatorio de primera instancia entendieron, más allá que el recurrente lo comparta o no, que aquella condena se apoyaba en pruebas suficientes para demostrar que el imputado portaba el arma de fuego de uso civil sin autorización. Ello, de cara a la ausencia de críticas serias y fundadas en cuanto al razonamiento expuesto por el *a quo*, me inhibe de atender este planteo, pues bajo la invocación del derecho al recurso no expone más que su desacuerdo con una decisión contraria a los intereses que defiende.

d) Ni la simple remisión efectuada por el recurrente a los fundamentos expuestos en el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la determinación de la pena, en su opinión incorrecta, ni su escueta reelaboración en la queja, alcanzan para demostrar la existencia de alguna controversia de naturaleza constitucional. Sencillamente, toda su argumentación respecto a la supuesta violación al derecho de defensa, porque aparentemente se habrían valorado dos circunstancias como agravantes que el fiscal no habría calificado de ese modo, es suficiente para dejar asentada su disconformidad con el análisis de los hechos y pruebas que fundaron dicha medi-

ción de la pena, mas no basta para exponer algún defecto concreto y relevante en aquélla; en particular, si se tiene presente, por un lado, el cúmulo de circunstancias que habrían sido apreciadas por el juez del debate como agravantes (por fuera de las dos que objeta la defensa y que habrían surgido en el curso del juicio), y por el otro la escasa medida en que se habría incrementado el mínimo legal previsto para la conducta reprochada (sólo en seis meses).

e) Ahora bien, la argumentación del recurrente en orden a la supuesta "falta de claridad" de la reglas de conducta impuestas y a la presunta lesión del "mandato de certeza" no resiste un mínimo análisis, en concordancia con lo expresado por la Cámara al rechazar la apelación (fs. 51 y vta.), y merece cuanto menos, la calificación de "pueril" que le atribuye el doctor Maier en su voto. Lo cierto es que, con independencia de que no se presentó un agravio derivado de una regla constitucional, hasta raya el absurdo que el recurrente pretenda explicar seriamente que no comprende en qué consisten las reglas de conducta. Su fundamentación sobre este punto, más allá de considerarla improponible como objeto de la vía deducida, no hace más que desmerecer la esforzada actuación del Defensor. En todo caso, si no entendía qué carga le había sido impuesta bastaba con consultar y/o solicitar su aclaratoria, aun cuando naturalmente ella era obvia y surgía de la simple lectura de la norma (art. 27 bis C.P.).

Sin perjuicio de la poca profundidad con la que el recurrente aborda el asunto referido a la imposición ilegítima de las reglas de conducta, creo que no resulta posible sortear la existencia del vicio procesal que se presenta; en especial, cuando él ha sido considerado, con matices, por todos mis colegas en esta resolución. En efecto, de los propios fundamentos de la sentencia de Cámara se desprende que el juez de primera instancia condenó al imputado a una pena de prisión de ejecución condicional (art. 27 bis C.P.), pero, al leer sólo el dispositivo como se lo permitiría genéricamente el art. 400, CPPN (por *la complejidad del asunto* o *lo avanzado de la hora*; extremos que, por cierto, no habrían sido debidamente justificados en esta causa), omitió expresar las reglas de conducta que consideraba adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos (de imposición obligatoria según la interpretación que realizan los jueces de mérito acerca del citado art. 27 bis), las cuales, posteriormente aparecieron enunciadas, como punto dispositivo II, en los fundamentos de la sentencia completa o íntegra (aunque tampoco allí se expusieron suficientes razones sobre su supuesta conveniencia). La Cámara sostuvo en función de su presunta obligatoriedad, que era "perfectamente válido y legítimo que [se] subsanara la falencia", y agregó que "más allá de que el juez (…) no lo haya consignado expresamente, se está en presencia de [un]a aclaratoria pre-

vista por el art. 126, CPPN" (fs. 51 vta., y 52). Sencillamente, no puedo acompañar o avalar dicho razonamiento.

No se trata aquí de determinar si correspondía o no imponer aquellas reglas de conducta, erróneamente omitidas por el magistrado al momento de dar lectura al dispositivo originario *(previamente deliberado)*, sino de señalar que, en las condiciones en las que surgieron, éstas no pueden surtir efectos sobre la vida del condenado. En este sentido, no hace falta un gran esfuerzo para advertir que estas reglas agravan la condena originariamente impuesta, toda vez que, como señala el defensor, "muy diferente es una condena con reglas de conducta y otra sin ellas" (fs. 100 vta.), o en pocas palabras, no es lo mismo la pena disciplinada al cumplimiento de varias obligaciones a cargo del condenado, que limitan su libertad significativamente (art. 27 bis, incs. 1º, 3º y 7º C.P.), que la pena que únicamente está subordinada a una condición suspensiva: la no comisión de delitos por un término de cuatro años (art. 27 C.P.). Nada nuevo agrega, por otra parte, que por emplearse el instituto de la "condenación condicional" resultaba un evento previsible, para el encartado, que se fijaran dichas reglas de conducta en los fundamentos de la sentencia por vía de aclaratoria, pues, aún así, esta imposición tendría algunos límites que no han sido observados en autos; en particular, si el fiscal no manifestó su disconformidad cuando se leyó ese veredicto y no solicitó su rectificación en ese mismo acto, al cual, por regla, debió concurrir.

Si bien, en principio, comparto que el dispositivo del veredicto debiera ser *idéntico* al pronunciado junto a los fundamentos de la sentencia —si se utiliza la autorización del art. 400, CPPN— podría ocurrir, por ejemplo, que el magistrado olvidara enunciar un "elemento esencial" (art. 404 ibídem) de ese dispositivo (eventualmente, una regla de conducta si se la interpretara como, de hecho ocurrió en este caso, obligatoria por mandato legal) y no resultaría inadmisible que se intentara enmendar tal omisión valiéndose *expresamente* de las normas adjetivas previstas para este tipo de supuestos. Sin embargo, esto no sólo no ha sido fundamentado por el juez de primera instancia, sino que, además, dicho razonamiento debió haberlo llevado a otro resultado.

Es simple, veámoslo mediante un ejemplo bastante grosero (pero que no por ello es imposible): si el juez hubiese condenado al imputado a la pena de multa pero, al momento de leer el veredicto, hubiere omitido determinar el monto que debía pagarse, nadie dudaría que el imputado fue efectivamente condenado y merecía una multa por el hecho reprochado, pero esta omisión, que naturalmente debiera ser despejada en los fundamentos de la sentencia por vía de aclaratoria (art. 126, CPPN), como paso previo a ser cumplida, no podría exceder el mínimo legal previsto para la figura endilgada, pues, de lo contrario, se haría pesar este error del juzga-

dor en perjuicio del condenado. Ello es así, porque la autorización que se concede al tribunal para diferir los argumentos por los cuales se llega a determinar la culpabilidad del autor del delito, no puede funcionar a la vez como una suerte de habilitación para que se altere la situación del condenado, para quien sí era un evento previsible aquella multa, pero en su mínima expresión —punto al que probablemente aspiraría su defensor técnico y al que, en nuestra hipótesis, no se opuso el fiscal—. Dicho ejemplo, llevado al caso, siempre y cuando se considere que la imposición de las reglas de conducta resultaba obligatoria legalmente, nos conduciría a que el magistrado pudo enmendar su equívoco pero, frente a la incomprensible aquiescencia del acusador, sólo podía imponer *(de oficio)* la regla que resultara menos gravosa para el imputado, es decir, la prevista en el inc. 1º del art. 27 bis del C.P. (insustituible, por las condiciones en las que fuera incorporada a la sentencia).

Lo expresado me autorizaría, en realidad, a invalidar las dos reglas de conducta sobrantes, por la violación del derecho de defensa en juicio que su fijación ilegítima importó para el condenado, al restringírsele su libertad más allá de lo legalmente permitido. No obstante, y como anticipara, coincido con la solución expuesta por el doctor Maier, toda vez que, en mi opinión, el juez de primera instancia, al menos, debió fundar *expresamente* la corrección de esta omisión en el art. 126, CPPN (explicando, en todo caso, por qué motivo su imposición no importaba una modificación esencial de lo resuelto) y no lo hizo. De nada sirvió que fuera la Cámara quien explicara los argumentos de esta supuesta aclaratoria.

2. Por el conjunto de razones que dejo expuestas, *voto por: i)* admitir parcialmente esta queja; *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad por el agravio distinguido en el apartado *e)* de las resultas de esta resolución; *iii*) revocar la sentencia de la Cámara CyF, en cuanto confirmó la imposición de las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del C.P., incs. 1º, 3º y 7º; *iv*) revocar el punto dispositivo II de la sentencia de primera instancia en cuanto impuso inicialmente aquellas reglas (art. 31 de la ley 402).

Por ello, emitido el dictamen del Ministerio Público Fiscal, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir parcialmente* la queja interpuesta a fs. 78/102, en razón del agravio descripto en el punto 2, *e*) de las resultas de esta sentencia;

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad respecto del agravio admitido;

3º. *Revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (en copia a fs. 48/52 vta.), en cuanto confirma la imposición de instrucciones para la conducta de Carlos Manuel Ovejero.

4º. *Revocar* el punto II del dispositivo de la sentencia de primera instancia que en copia obra a fs. 13/24 vta. (art. 31, II, ley local 402).

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLIV

"GOTTSCHAU, EVELYN PATRIZIA C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/AMPARO S/RECURSO DE QUEJA"

AMPARO. Reglamento de concurso para la selección de secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Postulante de nacionalidad alemana. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declara inconstitucional el requisito de nacionalidad argentina y ordena al Tribunal Superior de Justicia a dictar un nuevo pronunciamiento. Modificación de la situación fáctica y normativa. Cuestión abstracta. Invalidez de los actos administrativos que impidieron la participación de la amparista en el concurso. Inexistencia de un gravamen concreto y actual. Habilitación para que la amparista participe de un nuevo concurso.

Expte. nº 361/00 - 11/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mediante Acta 24/99 la Secretaría de Coordinación Técnica del Consejo de la Magistratura resolvió no dar curso a diversas solicitudes de

inscripción a los concursos 2/99, 3/99 y 4/99, "*en virtud de no cumplir con los recaudos reglamentarios*" (fs. 7/8, autos principales). Una de las afectadas, la abogada Evelyn Patrizia Gottschau, de nacionalidad alemana, excluida del concurso 3/99, presentó una impugnación ante el Consejo de la Magistratura (fs. 9/10, autos principales). El Consejo de la Magistratura desestimó el recurso pues "se ha establecido como condición ineludible para participar en el concurso, ser de nacionalidad argentina" (resol. 214/99, fs. 12/13, autos principales).

2. Contra la resol. 214/99, Gottschau dedujo acción de amparo ante la justicia contravencional de la Ciudad, que fue rechazada por considerársela extemporánea (fs. 50/51 vta.).

3. La amparista apeló la decisión (fs. 61/68), pero ella fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional (fs. 97/100).

4. Ante la decisión de la Cámara, Gottschau interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 109/125 vta.) cuya denegatoria (fs. 1450/145) dio lugar al recurso de queja (fs. 210/229 vta.).

El Tribunal hizo lugar, por unanimidad, al recurso de queja y, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 237/258).

5. La actora planteó recurso extraordinario federal (fs. 264/279 vta.), que fue parcialmente concedido por el Tribunal (fs. 297/298). La parte actora interpuso recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la denegatoria parcial (fs. 347/362 vta.).

La Corte Suprema hizo lugar al recurso de queja, declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia apelada y ordenó devolver las actuaciones al Tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido por ella, en cuanto declaró "la inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de nacionalidad argentina para concursar el cargo de secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 366/374 vta.).

6. Recibidas las actuaciones por el Tribunal, el actor solicitó que se dicte sentencia "haciendo lugar a la acción y declarando la inconstitucionalidad del reglamento de concursos del Consejo de la Magistratura, con costas" (fs. 384).

Previo a resolver, se requirió al Consejo que informara el estado de tramitación del concurso convocado por resol. 93/99; en caso de haber finalizado, si la totalidad de los cargos concursados se encuentran cubiertos; y, en caso de respuesta afirmativa, si las personas designadas han adquirido estabilidad en sus respectivos cargos. También se pidió que in-

forme si la disposición que requiere la nacionalidad argentina de parte de los aspirantes a concursar para el cargo de Secretario de Juzgado en la jurisdicción local se mantiene vigente y, en caso de haber sido modificada, sustituida o derogada, que indique la resolución y fecha que así lo establece (fs. 385).

El Consejo de la Magistratura informó que el concurso se dio por concluido por resol. 250/00, que el reglamento de concursos para secretarios fue modificado por resol. 645/06 con arreglo a lo resuelto por la CSJN en estos autos, y brindó otras informaciones referidas a vacantes producidas y concursos en trámite (fs. 388).

7. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto consideró que la modificación del reglamento tiene efectos *ex nunc*, y por ende, subsiste el interés de la actora en la declaración de invalidez del acto administrativo instrumentado en la resol. 214/99 del CM, que rechazó la impugnación que la Sra. Gottschau efectuara contra el acta nº 24/99 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Consejo que rechazó *in limine* su solictud de inscripción en el concurso, con fundamento en la norma cuya inconstitucionalidad declarara la Corte Suprema. El Fiscal General Adjunto considera que la declaración de invalidez de esos actos tendrá efectos *ex tunc*, mas no afectará a quienes ocuparon los cargos concursados en atención a la conclusión de ese concurso. Postula, en suma, que se haga lugar a la demanda y se declare la invalidez de la resol. 214/99.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. De acuerdo con una conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que considero acertada y aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, la sentencia del Tribunal debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario [*Fallos,* 316:310; 324:1878; entre muchos otros; y este Tribunal *in re* "Báez, Elsa Esther c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1918/02, resolución del 19/3/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pons, Sandra C. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3097/04, resolución del 16/12/2004; entre otros].

De tal manera, al tener que decidir nuevamente el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Sra. Evelyn Patrizia Gottschau, corresponde verificar, pese a los años transcurridos desde que inició la demanda de amparo, si subsisten los requisitos que permiten al Tribunal dictar una

sentencia que resulte útil a los derechos e intereses de la actora; verificación que debe ser efectuada de oficio (*Fallos,* 316:479) en tanto se vincula con la imposibilidad de emitir declaraciones generales o pronunciamientos abstractos en ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

2. En ese sentido conviene tener presente, en primer lugar, cuáles fueron las pretensiones formuladas por la Sra. Gottschau. En el petitorio de su demanda, la actora requirió al juez de grado que: "*2.* Se revoque la resol. 214/99 del Consejo de la Magistratura y se me permita participar como postulante en el Concurso en igualdad de condiciones que el resto de los mismos. *3.* Se declare, de ser necesario, la inconstitucionalidad del art. 10.1.4 del Reglamento de Concurso para la Selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobado por resol. 93 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." [nota: el concurso al que hace referencia fue convocado para la selección de secretarios de jugados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por resol. 93/99 del Consejo de la Magistratura].

En segundo orden, debe advertirse que el Consejo de la Magistratura ha informado al Tribunal que el concurso convocado por resol. 93 del año 1999 —en el que la actora pretendía ser admitida como postulante y que motivara el inicio de este amparo— "se dio por concluído por resol. CM-250/00, cubriéndose dichos cargos conforme el orden de mérito definitivo de dicho concurso, habiendo adquirido estabilidad en ellos las personas designadas" (fs. 388).

Por último, considero que resulta relevante a los fines de esta sentencia la modificación efectuada por el Consejo de la Magistratura al Reglamento de Concursos para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuyo art. 10.1.4 originario, el Consejo fundamentó el rechazo de la postulación de la abogada Gottschau. Según surge de la resol. 645/06, el reglamento fue modificado en tres sentidos: *a)* se suprimió en el art. 9º la exigencia de que los postulantes deban ser "argentinos"; *b)* se modificó el art. 10.1.4, que establecía que el postulante debía declarar "si es argentino nativo o naturalizado", por el recaudo de expresar su "nacionalidad", y *c)* se limitó en el art. 10.2.2 al documento "nacional" de identidad, la fotocopia autenticada del documento de identidad que se exige presentar.

Es claro, entonces, que la situación fáctica y normativa ha variado sustancialmente desde que la actora dedujo su demanda y que el fallo debe adecuarse a las circunstancias actuales.

3. En otro orden de cuestiones, el nuevo pronunciamiento a dictar se encuentra acotado por decisiones anteriores:

a) la sentencia del Tribunal, en cuanto admitió que la demanda de amparo fue planteada en tiempo oportuno por la accionante y consideró formalmente admisible el amparo y procedente la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado;

b) el fallo de la CSJN que estableció "la inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de nacionalidad argentina para concursar el cargo de secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

4. Con las precisiones y salvedades que he señalado en los puntos precedentes, pasaré a considerar el fondo de la cuestión, de cara a las pretensiones planteadas por la actora.

a) Sin perjuicio de la declaración que efectúa la Corte Suprema sobre la inconstitucionalidad de la regla local que vedaba a los extranjeros el ejercicio de la función de secretario judicial, esa norma ha perdido vigencia (con carácter general y no meramente para el caso) a consecuencia de la modificación del reglamento que la imponía, por decisión del Consejo de la Magistratura que consideró imperativo adecuar su reglamentación al contenido del fallo dictado por la Corte en estos autos. De tal manera, a partir de la reforma del reglamento, su condición de extranjera no es ya un impedimento para que la abogada Evelyn Patrizia Gottschau pueda postularse para concursar cargos de secretario de juzgado en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

No obstante ello, subsisten razones que justifican el dictado de un pronunciamiento útil del Tribunal en relación con algunas de las cuestiones planteadas en la demanda, en particular, la que se refiere a la invalidez de los actos administrativos que impidieron a la actora participar del concurso. Como lo señala el señor Fiscal General Adjunto, la necesidad de un pronunciamiento concreto del Tribunal vinculado con el acta nº 24/99 de la Secretaría de Coordinación Técnica y la resol. 214/99 del plenario del Consejo de la Magistratura (que son los actos administrativos de alcance individual por los que se rechazó *in limine* la solicitud de inscripción de la actora y la impugnación que ella planteara contra lo decidido mediante el acta mencionada), se relaciona con los efectos *ex tunc* de la decisión (que difiere del efecto *ex nunc* de la reforma del reglamento) y la posibilidad de que la afectada directa ocurra "por la vía que corresponda en caso que entienda que le asiste algún derecho" (fs. 392 vta.).

Expresado con otras palabras: la pretensión subsidiaria de inconstitucionalidad deducida por la Sra. Gottschau en esta causa se vinculaba

directamente con la restricción a participar en un concurso determinado, el concurso 3/99, y no en forma genérica en todos los concursos. La declaración de inconstitucionalidad de la norma reglamentaria efectuada por la Corte y la modificación de esa norma por parte del Consejo, no agotan el objeto del proceso de amparo en cuanto se refiere a la declaración de invalidez de los actos de aplicación de la norma reglamentaria anterior que la excluyeron de ese concurso, ya que, razonablemente, la actora mantiene interés en el pronunciamiento, y así lo ha manifestado al Tribunal (fs. 384).

En consecuencia, y en atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fs. 366/374 vta., las decisiones administrativas instrumentadas en el acta nº 24/99 y en la resol. 214/99 presentan vicios en la causa (art. 7º, inc. b], LPA) al estar fundadas en una norma —el art. 10.1.4 del Reglamento de Concursos para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— que la CSJN tildó de inconstitucional. Por tal razón corresponde declarar su nulidad absoluta (art. 14, LPA), sin que la declaración de invalidez afecte los derechos de terceros ajenos a este juicio, adquiridos como resultado de la finalización del concurso mencionado.

b) Ahora bien, la actora no sólo ha solicitado que "[s]e revoque la resol. 214/99 del Consejo de la Magistratura", sino también que "se [l]e permita participar como postulante en el Concurso en igualdad de condiciones que el resto de los mismos".

Del informe producido por la presidencia del Consejo de la Magistratura surge que el concurso convocado por resol. 93 del año 1999 concluyó en el año 2000, por lo que no resulta fácticamente posible disponer su participación en un concurso terminado hace ya varios años, máxime cuando quienes participaron en él y fueron designados para los cargos concursados no han tomado participación en este juicio. Quizás por ello, la actora, luego del fallo de la Corte Suprema, peticionó al Tribunal que se dicte sentencia "haciendo lugar a la acción y declarando la inconstitucionalidad del reglamento de concursos del Consejo de la Magistratura, con costas", sin brindar mayores precisiones con relación al alcance de "la acción" aludida.

c) En cuanto a las costas, corresponde imponerlas al Consejo de la Magistratura, en todas las instancias locales, por aplicación del principio objetivo de la derrota y no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él.

5. Por las razones expuestas en los puntos precedentes propongo al Tribunal el siguiente dispositivo:

a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Evelyn Patrizia Gottschau y revocar la sentencia apelada; *b)* hacer lugar, parcialmente, a la demanda de amparo interpuesta por la actora y en mérito a ello declarar la nulidad del acta nº 24/99 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto se refiere a la actora y de la resol. 214/99 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con los alcances señalados en el punto 4; *c)* imponer las costas de todas las instancias locales a la parte vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponde al Tribunal dictar un nuevo pronunciamiento, en el marco de "la inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de nacionalidad argentina para concursar el cargo de secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 366/374vta.).

A fs. 384 la actora pidió, a su vez, que se dictara sentencia, "haciendo lugar a la acción y declarando la inconstitucionalidad del reglamento de concursos del Consejo de la Magistratura, con costas". Las circunstancias sobrevivientes a la interposición del recurso extraordinario federal referenciadas en el apartado 6 de los RESULTA, y los fundamentos que expone el juez Julio B. J. Maier en el apartado 1 de su voto definen los alcances de la decisión que debe dictar el Tribunal.

La invalidez por razones constitucionales del reglamento de concursos del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ordenara la Corte Suprema de Justicia determina la nulidad del acta nº 24/99 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad en cuanto se refiere a la actora y de la resol. 214/99 por tratarse de actos administrativos fundados en una norma inconstitucional.

Por lo expuesto voto, en coincidencia con el señor juez de trámite, por *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que interpusiera la actora y revocar la sentencia apelada; *b)* hacer lugar parcialmente a la acción de amparo y declarar la nulidad del acta nº 24/99 de la Secretaría de Coordinación Técnica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad en cuanto se refiere a la actora, y de la resol. 214/99, *c)* imponer las costas de todas las instancias locales a la parte vencida.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. En la sentencia de fs. 366/375, la CSJN ordenó devolver estas actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamien-

to con arreglo a lo decidido por ella en cuanto declaró "la inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de nacionalidad argentina para concursar el cargo de secretario de Primera Instancia de los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 366/374 vta.).

El amparo fue iniciado, según indicó la actora, con el objeto de que "se revoque la Resolución del Consejo de la Magistratura y se me permita participar como postulante en el Concurso (...)" 93/99 (fs. 31 vta.).

Por su parte, el Consejo de la Magistratura, a requerimiento del Tribunal, informó que el reglamento de concursos para secretarios fue modificado por resol. 645/06 para adaptarlo a lo resuelto en autos por la CSJN, y que el concurso 93/99 "se dio por concluido por resol. 250/00, cubriéndose dichos cargos conforme el orden de mérito definitivo de dicho concurso, habiendo adquirido estabilidad en ellos las personas designadas" (fs. 388).

2. Declarada la inconstitucionalidad del reglamento en el marco del recurso extraordinario federal articulado por la actora, era previsible que la CSJN ordenara emitir un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina del fallo aunque, en cambio, fuera incierto el resultado final del juicio. En razón del reparto de competencias propio del régimen federal, recién ahora resuelto el punto federal involucrado, corresponde a este estrado, combinar lo decidido en el pronunciamiento de la CSJN con la pretensión articulada en autos, en el contexto fáctico que surge de la reseña ya formulada. La determinación de los elementos de hecho a considerar, así como la interpretación del derecho local vinculada, en lo que ahora importa, con la nulidad de actos administrativos dictados por el Consejo de la Magistratura de la CBA justificaban el reenvío del expediente ordenado por la CSJN. Devuelta, entonces, la causa a la instancia de resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por la accionante, corresponde a este Tribunal expedirse.

3. La nulidad de la resol. 214/99 era el presupuesto necesario para remover el obstáculo jurídico que, al interponer el amparo, justificaba excluir a la actora del concurso 93/99, destinado a cubrir vacantes para el cargo de secretario de juzgado de primera instancia. La pretensión de la actora era, concretamente, participar como postulante en el referido concurso, y no obtener la nulidad de la resol. 214/99 con carácter autónomo.

Tal como indica el Dr. Maier en su voto dado que "la situación fáctica y normativa ha variado sustancialmente desde que la actora dedujo su demanda" resulta imposible "disponer su participación en un concurso terminado hace años, máxime cuando quienes participaron en él y fueron designados para los cargos concursados no han tomado participación en

este juicio". El interés jurídico involucrado en esta causa quedó por completo diluido y el proceso se ha tornado abstracto.

Así, mientras la pretensión de la actora quedó superada por los hechos, la modificación del Reglamento, en cambio, la habilita para nuevos concursos. Desde esta perspectiva, no estamos frente a una situación en la que se estime útil un pronunciamiento para dejar sentada una solución en relación con casos futuros similares al presente puesto que, modificado el Reglamento de concursos, la reiteración del conflicto planteado en autos ha desaparecido (v. *Fallos*, 316:479 y 318:819 entre otros, y el precedente norteamericano "Roe vs. Wade", 410 U.S. 113).

A partir de estas consideraciones, no cabe sino concluir que al no subsistir un *gravamen concreto y actual* —en el acotado marco de esta acción—, todo pronunciamiento acerca del amparo interpuesto deviene insustancial (art. 30, ley 402).

4. En este contexto, declarar la nulidad de la resol. 214/99 excedería la orden emitida por la CSJN (v. lo dicho en el punto 2 de estos fundamentos) y la competencia que a propósito de este proceso corresponde al Tribunal (definida por los agravios de la actora y LPT, conforme lo previsto por el art. 106, CCBA). Esa declaración resultaría, según quedó demostrado, infecunda para este amparo y prematura en relación con otros procesos que la actora podría considerarse, eventualmente, con derecho a iniciar.

Por lo expuesto, votamos por declarar que el amparo articulado a fs. 19/30 ha devenido abstracto.

5. Las costas del proceso se imponen por su orden en todas las instancias locales (art. 62, CCAyT), en atención a que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pudo razonablemente creerse con derecho a respaldar la legitimidad de la resolución cuestionada, toda vez que el requisito de la nacionalidad argentina para ser nombrado secretario judicial no sólo es habitual e históricamente aceptado como válido en la mayoría de las provincias argentinas (conf. ordenamientos de las provincias de Santa Fe, Misiones, Salta y Santiago del Estero, entre otras), sino que, además, tal condición es, al día de la fecha, también una exigencia para ser funcionario del Poder Judicial de la Nación (conf. art. 11, Reglamento para la Justicia Nacional aprobado por Acordada de la CSJN del 17712/1952 [conf. texto acordada 51/1985] y art. 12, dec. ley 1285/58, ratificado por ley 14.467).

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto y como resultado de la votación que antecede, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que el amparo articulado por Evelyn Patrizia Gottschau a fs. 19/30 ha devenido abstracto, con costas por su orden en todas las instancias locales.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva al tribunal de origen.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLV

"MARTÍNEZ, LILIANA BEATRIZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MARTÍNEZ, LILIANA BEATRIZ C/GCBA S/REVISIÓN DE CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPLEO PÚBLICO'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Caso constitucional. Empleo público. Cesantía. Alcance de la causal de arbitrariedad de sentencia para la procedencia del recurso. Omisión de notificación de la audiencia para la producción de la prueba testimonial y de la vista conferida para alegar. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho de defensa en juicio. Nulidad del procedimiento administrativo. Reincorporación del agente a su cargo. Liquidación de haberes impagos.

Expte. nº 4873/06 - 11/4/2007

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Liliana Beatriz Martínez, empleada de L.S. 1 Radio Municipal, dependiente de la Subsecretaría de Comunicación Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue declarada cesante, previo sumario, mediante la resol. 1653-SSCS/02, por considerar acreditados los cargos formulados referidos al retiro indebido de documentación perteneciente a la radio, a su falta de restitución pese a haber sido intimada, a no

haber efectuado la totalidad de los asientos correspondientes en el Libro Bancos, a la falta de resguardo de numerosos recibos, al hecho de emitir ochenta recibos por cobros en efectivo por la suma de $ 44.030, pero ingresar depósitos en la cuenta bancaria por $ 1.600, entre otros cargos (ver fs. 188/190 del expte. adm. nº 39.951/00).

Contra el acto administrativo, la actora interpuso ante la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario recurso directo de revisión. Solicitó que se declare la nulidad del acto mencionado y que se reconozcan retroactivamente todos los derechos inherentes a la relación de empleo que le corresponden (fs. 1/9, autos principales). El GCBA contestó la demanda y se opuso a su admisibilidad formal y procedencia sustancial (fs. 63/75, autos principales).

La Sala I, mediante resolución de fs. 112/113 vta., autos principales, desestimó los planteos de la Procuración General contrarios a la admisibilidad de la demanda. Posteriormente, por mayoría, rechazó el recurso de revisión interpuesto por la actora, con costas (fs. 139/143).

2. La Sra. Martínez planteó contra la sentencia el recurso de inconstitucionalidad (fs. 149/156 vta., autos principales) "por que se han violado las garantías de defensa en juicio, del debido proceso, las garantías procesales, del derecho de propiedad, el derecho y la capacitación laboral amparados por los arts. 12 inc. 5º, 13 inc. 3º, 43 y conexos de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y concs. de la C.N., en forma arbitraria y con un exceso de rigorismo formal manifiesto" (*sic*, fs. 149, punto III, autos principales).

La recurrente sostuvo que la sentencia es arbitraria porque no se apoya en las constancias de la causa; omite el examen de cuestiones significativas no obstante referirse a ellas en la decisión; descontextualiza los hechos que considera y desvirtúa su realidad; "sentenciar, al igual que la Administración, más por cuestiones de excesivo rigorismo formal y conjeturas personales que por las circunstancias fácticas demostradas" (fs. 149 vta., autos principales), sin efectuar una adecuada interpretación de la normativa vigente ni atender a "las reiteradas irregularidades acaecidas en el sumario en cuestión, largamente señaladas por mi parte" (ídem). A partir del punto V de su escrito, la recurrente desarrolló los agravios que le ocasionaría la sentencia recurrida (fs. 149 vta./156 vta., autos principales), a saber:

a) Afirma que ella estaba a cargo de las tareas contables y comerciales de la radio, pese a no existir un acto administrativo que lo dispusiese.

b) Pone en cabeza de la actora exponer ante sus superiores su falta de capacitación para atender las tareas encomendadas, cuando corresponde a la Administración verificar la formación de la agente y brindarle la ca-

pacitación que fuera necesaria. Tal omisión resultó lesiva del art. 43, CCBA.

c) No ha tomado en cuenta que la actora fue obligada a tomar licencia para facilitar el allanamiento de su oficina durante su ausencia, procedimiento en el que "han sido recabadas [pruebas] sin formalidad alguna, o al menos sin respetar en lo más mínimo (*sic*) los principios procesales básicos, y mucho menos si es evidente que se han violado y de manera grosera el derecho de defensa y el debido proceso" (fs. 151, autos principales); esta circunstancia, sostiene la recurrente, invalida lo actuado.

d) La recepción de las declaraciones testimoniales durante la instrucción "a espaldas del encartado y en su total desconocimiento" viola la disposición contenida en el art. 70 de la LPA, el derecho de defensa y el debido proceso, sin que el defecto pueda ser evitado mediante una nueva citación a testimoniar a pedido de la defensa, como se afirma en el fallo. La invalidez de las testimoniales afecta también la decisión del sumario pues su resolución se basa en aquéllas, calificadas por la recurrente como irregulares e ilegítimas.

e) En las actas de las declaraciones testimoniales no constan las preguntas; ello transgrede la prescripción del art. 72 del dec. 1510, lo que impide "el control respecto de la formulación tendenciosa y direccionada de las preguntas".

f) No ha tenido en cuenta el carácter tendencioso de la declaración de De la Canal, ponderada en la sentencia para justificar la responsabilidad de la actora en los hechos investigados. Ella efectúa un reparo similar con relación a los testigos Tarruella y Caris.

g) Advierte ligereza en la ponderación de las defensas referidas a la diferencia de dinero informada por la Dirección General de Tesorería de la Secretaría de Hacienda y Finanzas del GCBA.

h) Desconoce que en el caso se verifica la imposición de doble sanción por el mismo hecho como consecuencia de la prolongación indebida de la suspensión preventiva de la agente, así como la errónea atribución a la actora del deber de reincorporarse al vencimiento de la suspensión preventiva.

i) El rechazo de las objeciones planteadas a la acusación formulada por el director de la radio a fs. 1 del expediente administrativo es infundado.

j) Ha vulnerado el derecho de defensa de la recurrente, al rechazar la impugnación referida a no habérsele exhibido la totalidad de la documentación recogida.

l) El Tribunal omite notificar a la actora la providencia que ponía las actuaciones para alegar y así afecta su derecho de defensa.

La Sala I de la Cámara, previo traslado a la demandada, por mayoría, rechazó el recurso deducido por la actora por considerar que los agravios constitucionales son genéricos y, aunque la parte invoca normas constitucionales, el escrito no logra exponer con la fundamentación, claridad y precisión debidas un caso constitucional. La resolución sostiene que la parte no vinculó los argumentos planteados con las cláusulas constitucionales sólo mencionadas con manifiesta generalidad. La decisión también puso de resalto que "en los hechos el recurso se limita a sostener la arbitrariedad de la sentencia", defecto éste que la Sala no considera presente pues "la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 165 y vta., autos principales).

3. Contra esta resolución, la Sra. Liliana Beatriz Martínez recurrió en queja ante el Tribunal (fs. 1/7).

En su dictamen de fs. 59/61, el Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja. El principal argumento consiste en que la actora no ha indicado por qué las supuestas irregularidades incurridas durante la sustanciación del sumario afectaron sus posibilidades de ejercer su defensa y de qué manera ese derecho se vio lesionado. El señor Fiscal agregó que la queja y el recurso de inconstitucionalidad "expresan una mera discrepancia con la interpretación razonada y fundada, efectuada por la Cámara, respecto del análisis de los elementos que conforman el acto administrativo cuya nulidad se pretende" (fs. 60 vta., legajo de la queja). Asimismo, él sostuvo que el recurso plantea cuestiones de hecho y prueba cuya valoración es ajena a la competencia del Tribunal y propia de los jueces de la causa.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja fue planteada en tiempo oportuno y forma adecuada y se ocupa de considerar las razones ofrecidas por los camaristas —aunque en forma excesivamente genérica— para denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad. En su escrito, la parte actora rebate los fundamentos de la denegatoria y reitera los agravios expresados en el recurso de inconstitucionalidad que, a su juicio, constituyen cuestiones constitucionales.

2. Ahora bien: tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja la actora denuncia el carácter arbitrario de ambos pronunciamientos

de la Cámara. En el primero, la arbitrariedad se refiere a la decisión del recurso directo de revisión; en la queja, el supuesto agravio se dirige contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Como lo he señalado múltiplemente, yo sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

Sin embargo, más allá del grado de rigidez personal en cuanto a esta doctrina, remarco que la recurrente, en su crítica de la sentencia, tampoco ha demostrado a través de la invocación de este motivo un déficit de fundamentación que permita invalidar el pronunciamiento en crisis como un acto jurisdiccional válido.

La propia CSJN —creadora de esta doctrina—advierte que "la (...) arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación" (*Fallos,* 323:2879). Asimismo, la Corte sostiene que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente: "[esta doctrina] no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros; este Tribunal: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sentencia del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 912/01, resolución del 5/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.).

3. No obstante lo expuesto en el punto anterior, el hecho de que el recurso abunde en la denuncia de arbitrariedades en la sentencia no significa, en modo alguno, que la actora no se haya quejado con fundamento constitucional sobre ciertos problemas que afectan el decisorio. Dejo señalado que no he de seguir a la recurrente en cada una de sus argumenta-

ciones, sino tan sólo en aquellas que entiendo conducentes para decidir la cuestión planteada (conf. *Fallos,* 278:271; 291:390; 312:1255, entre otros).

De este modo, no consideraré los agravios referidos a la valoración por la alzada de las pruebas producidas, a su suficiencia o insuficiencia para justificar la existencia de los hechos, a la ponderación de la trascendencia de ellos respecto de las causales de cesantía y a la interpretación por la Cámara de las reglas que establecen la disciplina del sumario administrativo. En concordancia con aquello afirmado por la Procuración General al contestar el recurso de inconstitucionalidad y por el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, estimo que todas ellas son cuestiones ajenas al remedio intentado.

El Tribunal ha enfatizado este punto con anterioridad: los argumentos atinentes a la existencia, idoneidad y eficacia probatoria de los medios tenidos en cuenta por la autoridad administrativa para considerar configurada la conducta típica, no son idóneos, por regla, para plantear el caso constitucional exigido por la ley 402. Como se ha dicho en diversos precedentes, "cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales" [*in re*: "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Falbo de Martínez, Palmira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 1923/02, sentencia de 19/2/2003].

4. Tampoco consideraré la mentada lesión al deber constitucional de capacitación de los empleados públicos, pues, cualquiera que sea el alcance que corresponda asignar a ese deber, no estimo que aquél tenga una relación directa e inmediata con las cuestiones relevantes para la solución del caso. Sólo cabe advertir que su invocación fue introducida por la actora para justificar las inconductas que le fueron reprochadas, sin efectuar el menor desarrollo acerca del alcance de esa disposición constitucional ni de la incidencia de su interpretación en la solución del caso.

5. Los agravios que se vinculan con la recepción de prueba testimonial sin previa notificación al sumariado para que pueda controlar su producción y con la omisión de la notificación de la providencia que permitía alegar, podrían pesar directamente sobre el derecho constitucional a la defensa de los derechos en sede administrativa. No obstante ello, en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja la recurrente toma a su cargo refutar los fundamentos que brindó la Cámara para desestimar su pedido de nulidad de las actuaciones por tales motivos.

Es fácilmente constatable que los agravios referidos en el primer párrafo se limitan a reiterar que la recurrente no fue notificada de la audiencia en que se recibió la declaración de los testigos De la Canal, Tarruella y Caris; tampoco lo fue de la providencia que permitía alegar, pero en ninguna de las piezas la defensa logra señalar de qué manera ello ha generado *indefensión* a su parte. Como lo ha sostenido el Tribunal "[e]l principio teleológico de las nulidades indica que la afectación a la defensa efectiva de los derechos e intereses 'marca la frontera a partir de la cual se produce una efectiva incidencia del vicio formal sobre la invalidez del acto', en palabras del Tribunal Supremo español (sentencia del 6/2/85, citada por Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo - La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 362, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, primera reimpresión, 1992, España)"; ver "Galerías Pacífico S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Galerías Pacífico S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones'", expte. nº 3901/05, sentencia del 10/8/2005.

La recurrente no expresa qué defensa se ha visto privada de ejercer por la falta de notificación; ella tampoco refuta lo expresado unánimemente por la Cámara respecto de la posibilidad que le asistía para solicitar una nueva citación de los testigos a fin de reinterrogarlos. Tampoco se ocupa de la indicación contenida en la sentencia (con el voto de la mayoría de la Cámara) relativa a la omisión de la notificación para alegar, que no le ha impedido ejercer en forma amplia su defensa y plantear ante el Tribunal lo que considere pertinente con relación a la prueba producida, para su valoración y decisión por los jueces. En otros términos, la Sra. Martínez no demuestra de qué manera han trascendido en su perjuicio los vicios que ella invoca. La irrelevancia de la ausencia de esos trámites del procedimiento ha sido ponderada en forma razonable en la sentencia al no otorgar a esas formalidades valor intrínseco alguno.

En suma, la queja reitera argumentos que ya fueron valorados en las instancias judiciales previas sin tomar a su cargo rebatir las razones por las que ellos no fueron considerados idóneos a fin de modificar aquello que fue resuelto en sede administrativa.

6. La recurrente no ha logrado plantear con suficiencia un caso constitucional, circunstancia que determina el rechazo de la queja planteada a fs. 1/7.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, Julio B. J. Maier.

2. En general, la queja no cumple con requisitos indispensables para habilitar esta instancia extraordinaria. La actora no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales —locales o nacionales— lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincular las normas constitucionales que cita con las circunstancias de la causa. Así, por ejemplo, menciona el art. 43 de la CCBA y sostiene que en autos se ve vulnerada la obligación del GCBA de brindar adecuada y suficiente capacitación a los agentes de la administración, en función del cargo ocupado. Sin embargo, una vez más, no demuestra qué interpretación posible del mencionado artículo colisiona y de qué manera con la situación que dio lugar a esta acción.

3. Por otra parte, intenta traer a conocimiento de este Tribunal cuestiones relativas a la valoración de hechos y prueba que, como principio, son ajenas a la competencia de esta instancia.

Con respecto a la doctrina de la arbitrariedad, tal como sostiene el voto del señor juez de trámite, más allá del nivel de estrictez con que se evalúe la sentencia a la luz de dicha doctrina, la recurrente no demuestra que la decisión del *a quo* que critica no pueda sostenerse como acto jurisdiccional válido debido a la ausencia de lógica o razonabilidad en su contenido.

4. Sin perjuicio de lo antedicho, algunos planteos de la actora gozan de mayor fundamentación y requieren su tratamiento en forma particular. Ese es el caso de la vulneración del derecho de defensa en la recolección y producción de prueba sin participación de la sumariada —especialmente en torno a la testimonial obtenida en sede administrativa— y la falta de notificación de la vista conferida a fs. 166 del expediente administrativo.

Con respecto al denominado “allanamiento” de la oficina a su cargo y la recolección de documental en su ausencia, la recurrente no demuestra de qué manera se ve vulnerado su derecho de defensa y se limita a realizar alegaciones formales. No demuestra haber sostenido, con argumentos válidos, la falsedad de la documental que sirvió de apoyo para la decisión administrativa o que esa prueba haya sido obtenida vulnerando alguno de sus derechos de rango constitucional, condición necesaria para probar que la inclusión de esa documental le produce un perjuicio.

En relación con la prueba testimonial, asiste razón a la actora en que el acta no da cuenta de cómo fueron formuladas las preguntas, por lo que es imposible saber si fueron inducidas las respuestas, condicionando, por esa vía, a los testigos. Empero, el reconocimiento de ese defecto no basta para desvirtuar la sentencia de Cámara —ni el acto administrativo que dispuso

la cesantía. En primer lugar, el dec. 3360-MCCA/68 prevé que "(...) el sumario será secreto hasta el momento en que se formulen en forma concreta los cargos al imputado" que en una interpretación posible permite a la administración obtener prueba sin la participación del imputado. Esa interpretación, además de posible, también es previsible, toda vez que en que el único momento en que el reglamento otorga al imputado la posibilidad de realizar un descargo (y ofrecer prueba) es luego de conferida la vista del art. 18, o sea luego de concluida la instrucción. Dicho decreto no ha sido tachado de inconstitucional por la quejosa.

Por lo demás, la actora se limita a alegar la parcialidad de los testigos o que han sido inducidos, sin demostrarlo mínimamente. La posibilidad de llamarlos nuevamente para que sean sometidos a un interrogatorio de parte no subsana la imposibilidad de participar y controlar la producción de la prueba, toda vez que el riesgo de incurrir en el delito de falso testimonio hace altamente improbable que quien emitió una declaración la modifique con posterioridad. Sin embargo, ello no releva a la sumariada de la exigencia de arbitrar los medios que estén a su alcance para poner en evidencia la parcialidad que, según ella, impone dejar de lado los testimonios cuestionados. En este contexto, haber requerido una nueva citación de los testigos se presenta como indispensable para intentar desvirtuar la validez de sus dichos. Por lo demás, en atención a las consecuencias que se derivan del incumplimiento de estas formalidades, ello debe ser evaluado con extrema cautela, limitándose las consecuencias anulatorias para aquellos casos en que se comprueba una real afectación del derecho de defensa.

La recurrente no demuestra (y tampoco surge de la lectura de las actuaciones) que la determinación de declararla cesante no pueda sostenerse sin apoyo en la prueba testimonial. Se limita a señalar posibles afectaciones del derecho de defensa sin intentar demostrar cuáles fueron las conclusiones deducidas de la prueba que pretende anular y cómo ello dejaría sin sustento el acto administrativo que la declara cesante. Por el contrario, el repaso del expediente administrativo sugiere que esa prueba sólo fue uno de los sostenes de la decisión administrativa y que, en su mayoría, los testigos hicieron referencia a hechos que también se deducen de la prueba documental (actas y libros de bancos, entre otros) cuya validez no se cuestiona o se cuestiona en forma insuficiente.

Como regla general, el administrado no puede descansar en una deficiencia formal para luego solicitar la nulidad de las actuaciones administrativas ante el Poder Judicial. Pues, aún cuando le asista razón e incluso ello pueda acarrear algún tipo de responsabilidad para el agente encargado de llevar adelante las actuaciones, el administrado tiene la carga de demostrar que no observó pasivamente la vulneración de los dere-

chos que ahora pretende hacer valer, y que sufrió una afectación real y no meramente formal de esos derechos.

En cuanto a la falta de notificación de la vista conferida a fs. 166 del expediente administrativo, no puede sostenerse, cualquiera fuere el acierto o error con que fueron aplicadas las reglas que ciñen el procedimiento, que la imposibilidad de realizar alegatos determine una afectación del derecho de defensa. A fs. 95/96 del expediente administrativo la sumariada hizo uso de la posibilidad de realizar su descargo y ofrecer prueba, lo que, al menos en principio, satisface las exigencias constitucionales del derecho de defensa. Tampoco aquí la recurrente hace un mínimo esfuerzo por demostrar en qué consistiría la afectación y se limita a señalar la falta de la notificación de la vista mencionada. Así las cosas, no hay afectación de un derecho constitucional que habilite la intervención de este Tribunal. Por lo demás, si bien la determinación e interpretación de la normativa aplicable es una cuestión, en principio, privativa de los jueces de mérito, cabe advertir que el dec. 3360-MCCA/68 no prevé la posibilidad de efectuar alegatos, pues sólo establece la posibilidad de que el imputado formule un descargo y ofrezca prueba una vez que ha concluido la etapa de instrucción y concretados los cargos existentes en su contra (art. 18). Esa norma tampoco fue tachada de inconstitucional por la quejosa.

5. Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja de fs. 1/7.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Me adhiero al voto del señor juez preopinante Dr. Maier quien ha desarrollado en forma suficiente los fundamentos que llevan a desestimar la queja, razón por la cual considero que nada cabe agregar.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en tanto expone que la quejosa no ha logrado plantear con éxito un caso constitucional.

2. Sólo deseo remarcar que, luego de dejar de lado los planteos vinculados con cuestiones de hecho y prueba propuestos por la interesada —materia que excede el ámbito propio del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27 de la ley 402—, se constata que ninguna de las referencias genéricas a los preceptos constitucionales que se dicen vulnerados resulta idónea para rebatir los desarrollos contenidos en la sentencia recurrida. En efecto, los argumentos de la quejosa, en mi concepto, se traducen en meras discrepancias con lo decidido o bien en reiteraciones esquemáticas de argumentos ya abordados en su oportunidad por la Cámara —independientemente del mayor o menor esfuerzo

argumental a la hora de intentar conectar en esta oportunidad el pretendido agravio constitucional con lo ocurrido efectivamente en el caso.

Asimismo, cabe enfatizar que el *a quo* hizo expresa consideración y mérito de los hechos relevantes de la causa y de la totalidad de los argumentos esgrimidos por la recurrente "a fin de asegurar de manera indubitable el derecho de defensa de la actora" —incluso cuando la misma Cámara había entendido que la invocación de nuevos desarrollos o defensas en la oportunidad de argumentar en derecho de conformidad con el art. 389, CCAyT, resultaba "extemporánea" (fs. 139 vta./140).

3. Las consideraciones formuladas en los párrafos precedentes me llevan también a coincidir con lo expresado en el voto del señor juez de trámite, en punto a la pretendida invalidez de la sentencia por arbitrariedad, sin perjuicio de los distintos enfoques que hemos expresado en numerosos precedentes a la hora de abordar la denominada doctrina de la "arbitrariedad de sentencia" —matices que, en este caso, resultan totalmente secundarios.

Por las razones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor Fiscal General Adjunto (fs. 59/61), entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la señora Liliana Beatriz Martínez.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ, dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en legal tiempo y forma es admisible. El recurrente critica de forma adecuada y suficiente el auto interlocutorio denegatorio por resultar genérico y con fundamentos aparentes, calificaciones que surgen claramente de la lectura de la pieza atacada. El remedio previsto en el art. 28 de la ley 402 lejos de ser excepcional, como sostiene la resolución cuestionada, es una regla adjetiva que procede cuando se presentan las condiciones que la mentada norma determina, esto es siempre que una cuestión constitucional sea planteada en relación a la materia del pleito o a las condiciones para resolverla, de modo tal que pueda ser objeto de escrutinio judicial.

Tampoco es correcto, como lo afirma la decisión interlocutoria, que el recurso de inconstitucionalidad propuesto en estos autos se sustente apenas en invocaciones genéricas de disposiciones de la C.N. y de la CCBA. Como examinaré más adelante, la actora logra conectar normas constitucionales con circunstancias concretas ocurridas en el proceso administrativo no consideradas por el tribunal de la causa que afectan su derecho de defensa en juicio y vuelven arbitrario el procedimiento administrativo y la decisión jurisdiccional.

Finalmente insistir —como lo hace el tribunal superior de la causa— en que la arbitrariedad no es una causal reconocida por la ley 402 para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad importa una limitación al derecho al recurso que no tiene sustento legal. La ley 402 no fija taxativamente "causales" del recurso, sino que describe cuestiones que formalmente habilitan al afectado por una decisión judicial a recurrir a una vía expedita de tutela, prevista en la CCBA, cuestiones que comprenden la arbitrariedad si es manifiesta y lesiona garantías y derechos constitucionales. La denuncia de arbitrariedad en el ejercicio de una función estatal, debidamente sustentada, introduce por definición un caso constitucional toda vez que una Constitución responde, filosófica y políticamente, a la necesidad de asegurar un gobierno limitado, garantizar el respeto de las libertades y alejar la posibilidad de que el poder instituido interfiera discrecionalmente en las autonomías individuales o colectivas. Por estas razones la queja es procedente.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, la mayor parte de los agravios que enumera están vinculados a cuestiones de prueba o de interpretación de derecho común, ajenas a esta instancia y sometidas, en principio, únicamente al juicio y ponderación de los magistrados inferiores (la alegación de si la recurrente estaba o no efectivamente a cargo de la gerencia comercial de Radio Municipal).

Distinta es la conclusión en cuanto a la violación del derecho constitucional de defensa en juicio que el recurrente alega y sobre el que se agravia. Como se sigue de las constancias del expediente, y ha sido reconocido tanto por el tribunal superior de la causa cuanto por el juez de trámite Julio B. Maier, la actora no fue notificada de las audiencias de testigos, ni del proveído de fs. 166 del expediente administrativo en el que se ordenara vista a la recurrente por el plazo de diez días para que alegara sobre la prueba producida, por lo que Martínez no fue oída oportunamente y con las debidas garantías (conf. art. 22, f, 1 y 2, LPA).

Estas infracciones lesionan su derecho de defensa al impedirle una intervención útil y anterior a la decisión que la privara de sus derechos de índole laboral (conf. art. 8.1. CADH). Es suficiente aquí para la procedencia del recurso constatar la formal infracción al derecho de defensa y la falta de consentimiento de ese vicio, sin que quepa exigirle a la actora como carga de fundabilidad, demostrar qué perjuicios pudo causarle la falta de notificación de la audiencia, pues ello sería imponerle al agraviado la carga de adivinar y proyectar hipótesis sobre actos, como la audiencia de testigos, que no pudo controlar. El abordaje desde una perspectiva garantista, no consiste en inquirir qué podría haber hecho el justiciable sino, antes bien, por qué no tuvo oportunidad de hacerlo. Así lo indica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite

la procedencia de la vía extraordinaria con apoyo en la gravedad de la afectación de la garantía de defensa en juicio en supuestos análogos al de estas actuaciones (conf. CSJN, *Fallos,* 319:672; 319:1263; 319:1600).

Afectadas las garantías del art. 17 y del art. 18 de la C.N., corresponde hacer lugar al recurso, anular todo el procedimiento administrativo, reintegrar a la recurrente a su puesto de trabajo y disponer, en la instancia de grado y por el procedimiento incidental, la liquidación de la totalidad de los haberes impagos, crédito que reviste carácter de alimentario y que devengará una tasa activa según el interés aplicado por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de préstamo. Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado a fs. 1/7 por la parte actora.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelvan los autos al tribunal remitente.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLVI

"UNIÓN DE MÚSICOS INDEPENDIENTES ASOCIACIÓN CIVIL C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Requisitos. Identificación precisa de la norma cuestionada. Caso constitucional. Norma de carácter general. Regulación de la ejecución de la música en vivo. Trámite de permisos o habilitaciones especiales. Intervención del Tribunal Superior de Justicia como legislador negativo.

Expte. nº 5167/07 - 18/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El señor Diego Boris Macciocco, en su carácter de Presidente de la Asociación Civil "Unión de Músicos Independientes", promueve demanda de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que: *a)* se declare "la inconstitucionalidad del art. 4.7.2.1 del Código de Edificación; la resol. 878/06 del Jefe de Gobierno; la ordenanza 24.654; el DNU 1/05 y el DNU 2/05, como así también de toda la normativa que exija o regule la necesidad de permisos, habilitaciones y autorizaciones exigidos especialmente para la ejecución de música en vivo" (fs. 33) como, por ejemplo, la resol. SSCC 10/05, mencionada a fs. 39; *b)* se "exceptúe a los espacios de cualquier permiso, habilitación o autorización especial o particular que permita, prohíba o restrinja la ejecución de música en vivo" (fs. 33); y *c)* se "intime al señor Jefe de Gobierno como a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que en un plazo urgente y razonable legisle modificando los requerimientos impuestos por el Código de Habilitaciones y Verificaciones a los espacios donde desarrollan su actividad" (fs. 33).

Considera que las normas cuestionadas violan "los principios de igualdad, de justicia, de razonabilidad que debe imperar en las reglamentaciones de los derechos y garantías de las personas (art. 28 Constitución Nacional, y arts. 1º y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), las cláusulas constitucionales de progreso y desarrollo económico (art. 75, incs. 18 y 23, Constitución Nacional y art. 48, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), el derecho a la propiedad sobre una obra intelectual, y el derecho a trabajar como músico" (fs. 34).

La demandante considera, además, que las normas objetadas afectan la "desregulación económica y la libre circulación económica de bienes y servicios y personas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (dec. 2284/91, ratificado por el art. 29, ley 24.307) y la libertad económica de trabajar, de ejercer industria lícita y de contratar libremente (arts. 14, 14 bis y 33, C.N. y arts. 43 y 48, CCBA) (fs. 40).

Por último, invoca la "Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º) que prevén el derecho a la libre elección de trabajo; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV) que consagra el derecho de la persona a 'seguir libremente su vocación'; y el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales que lo define de esta manera: '...el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado'" (fs. 36).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

2. Son normas de carácter general emanadas de las autoridades de la Ciudad y pueden ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17, LPTSJ:

a) el art. 15 de la ordenanza 24.654, en cuanto establece una autorización especial para la realización de música y/o canto, en carácter de actividad accesoria, con o sin intercalación de variedades, hasta un máximo de 5 artistas en locales varios;

b) el art. 1º del DNU 1/05, que prohíbe espectáculos musicales en vivo en los locales de baile clase A, B o C; bares, restaurantes u otros rubros cuya actividad complementaria sea local de baile C; clubes, o sectores de éstos u otros establecimientos donde la actividad de baile forme parte del eje comercial del emprendimiento;

c) el art. 4.7.2.1 del Código de Edificación en cuanto establece un coeficiente de ocupación de personas por superficie de piso;

d) el art. 1º del DNU 2/005 en cuanto exige que los establecimientos mencionados en el art. 1º del DNU nº 1/05 deben obtener un permiso especial previo para poder realizar espectáculos musicales en vivo como actividad accesoria a la de baile; y

e) la reglamentación de la norma citada en el punto anterior, efectuada por el art. 1º, incs. a), b), d) y e), punto 1) de la resol. SSCC 10/05, y por el art. 2º, a) del anexo I de la resol. 878/06 dictada por el señor Jefe de Gobierno.

3. Las disposiciones son atacadas por razones de índole constitucional local y nacional y de derecho internacional de los derechos humanos.

La parte actora sostiene que la actividad de "ejecución de música en vivo" en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es reglamentada de manera antieconómica (fs. 37) y desproporcionada (fs. 40) porque

la normativa que la regula afecta: "el principio de igualdad (al exigir permisos especiales distintos de los que necesitan los lugares para funcionar cuando decidan contratar música en vivo, prohibición de que se realicen espectáculos de música en vivo en distintos lugares, etc.); también el principio de razonabilidad (al exigir en esos permisos requisitos insólitos: presentar el cronograma un año antes, la capacidad será sólo de una persona por metro cuadrado, la imposibilidad de contar con un reemplazo en caso que el músico o conjunto musical no puedan presentarse a último momento, etc.); principio de libertad económica para contratar libremente por parte de los lugares (al exigirse presentación de datos personales de los músicos 15 días antes del espectáculo, no poder contar con un reemplazo en caso que el músico o conjunto musical no puedan presentarse a último momento); las cláusulas constitucionales de progreso y desarrollo económico (al impedir el crecimiento de espacios del área privada donde se desarrolle música en vivo); el derecho de propiedad sobre una obra intelectual (al impedir y/o restringir la facultad de ejecutar, de representar, y exponer en público las obras artísticas compuestas por los autores) y el derecho de trabajar como músico" (fs. 42/43).

Se satisface, de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. La demanda, con este alcance, da cumplimiento también a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la reiterada jurisprudencia de este estrado (conf. este Tribunal *in re*: "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resol. del 5/5/ 1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56 y ss., entre otros).

Además, en el "Objeto" —punto II— y en el "Petitorio" —punto VII.8— del escrito inicial (fs. 33 y 45, respectivamente), se requiere el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de las normas cuestionadas.

5. Por el contrario, toda vez que la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, para determinar si son contrarias a la *Constitución local* o a la *Constitución nacional* (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA), el simple confronte que se realiza a fs. 40 entre las regulaciones locales objetadas y el dec. 2284/91 dictado por el PEN (ratificado por ley nacional 24.307) no resulta idóneo para fundamentar en este pun-

to la pretensión, pues no se ha construido eficazmente el mencionado planteo ni con relación a la cláusula de supremacía contenida en el art. 31, C.N., ni a otra disposición de jerarquía constitucional.

Respecto de las recomendaciones contenidas en la resol. 1148/06 de la Defensoría del Pueblo local, recaída en una actuación iniciada por demoras en el trámite de habilitación del teatro "Arlequines" (v. fs. 41) y mencionada por la accionante en apoyo a su postura (v. pto. VI del escrito de inicio, titulado "Derecho", fs. 44), estimo que su consideración por parte del Tribunal tampoco resulta procedente, toda vez que, como se dijo en el párrafo precedente, el reproche de las normas que son objeto del control abstracto de constitucionalidad debe formularse de cara a preceptos contenidos en la *Constitución local* y/o *nacional*.

6. No puede correr mejor suerte el planteo genérico de que se declare inconstitucional toda la restante normativa que exige permisos, habilitaciones o autorizaciones especiales para la ejecución de música en vivo, que el actor no individualiza, debe ser rechazado de plano. El Tribunal ha sostenido reiteradamente que la petición de inconstitucionalidad debe citar con absoluta puntualidad el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, pues no corresponde que frente a una acción de esta naturaleza sea el Tribunal quien precise su objeto (conf. doctrina del Tribunal en las causas "Villegas, Héctor c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, resolución del 15/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, p. 620 y "Oliveto, Noemí Flavia y otros c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2660/03, resolución del 11/2/2004 y, más recientemente, en "Asociación Civil Comisión de Vecinos de Flores c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4983/06, resolución del 28/2/2007).

De lo que se trata es que sea la actora, y no los jueces, quien proponga el conflicto internormativo traído a decisión y las razones que habilitan su presentación (conf. mi voto *in re*: "Bidonde, Héctor y otro c/GIBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4250/05, resolución del 2/11/2005).

7. Tampoco puede prosperar favorablemente lo peticionado respecto a que se exceptúe a la actividad de música en vivo de todo tipo de habilitaciones o permisos especiales o particulares; ni la pretensión orientada a que se intime al Jefe de Gobierno y a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que legisle razonablemente los requerimientos impuestos por el Código de Habilitaciones y Verificaciones de

modo que la actividad no resulte impracticable. Su análisis excede claramente los límites de la decisión que la Constitución y la ley habilitan al Tribunal a pronunciar por la vía elegida por la actora (arts. 113, inc. 2º, CCBA, y 17 y 24, ley 402).

En efecto, como lo he sostenido anteriormente, el Tribunal, en el marco de la competencia que le asigna el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, sólo está habilitado para actuar, llegado el caso, como "legislador negativo", expurgando del orden jurídico las normas de alcance general contrarias a la Constitución nacional o de la Ciudad. Pero no puede hacerlo como "legislador positivo", generando excepciones permanentes a regulaciones dictadas en ejercicio del poder de policía o formulando intimaciones dirigidas a los restantes órganos de poder, para que realicen actos que corresponden a sus improrrogables competencias constitucionales (conf. mis votos *in re*: "Barga, Lisandro Arturo y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 866/01, resolución del 26/12/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 835 y ss.; "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3032/04, resolución del 16/5/2005 y "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4973/2006, resolución del 14/2/2007).

8. Por las razones expuestas, propongo: *a)* declarar parcialmente admisible la acción de inconstitucionalidad, con el alcance señalado en el punto 2 de este voto, y *b)* correr el traslado de ley al señor Jefe de Gobierno, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite en cuanto propicia admitir parcialmente la demanda de fs. 32/45. Tal como indica el Dr. José O. Casás (v. puntos 2 a 4) la parte actora propone un debate en torno a la validez de normas generales que objeta por motivos constitucionales.

En términos amplios entiendo que la impugnación formulada, bajo la invocación de diversas disposiciones de rango constitucional, viene a cuestionar el trato que la regulación atacada dispensa a la ejecución de música en vivo, en bloque y sin distinción dentro de esa categoría, pro-

vocando, a criterio del accionante, que no quede constitucionalmente justificada la restricción de los derechos que experimentan los sujetos de la "clase" (o colectivo) alcanzados por las disposiciones discutidas.

Desde tal perspectiva, los fundamentos brindados para sostener la demanda, aunque por momentos escuetos, resultan suficientes para permitir el desarrollo del proceso y posibilitar que las partes y los jueces articulen el debate pleno en la audiencia pertinente.

Finalmente, dadas las características de las cuestiones en juego, considero pertinente citar, atento la competencia que tiene atribuida, a la Sra. Defensora del Pueblo.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Entiendo que la demanda no puede prosperar. Quienes accionan no logran articular una controversia constitucional apta para habilitar la competencia establecida en el art. 113, inc. 2º de la CCBA ya que no cumple adecuadamente lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402. Este último exige por un lado la mención precisa de las normas que el accionante estima contrarias a la C.N. o a la CCBA; y por otro el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión.

2. Respecto de la la carga de identificar con precisión las reglas particulares del orden jurídico local cuestionadas, este Tribunal ha sostenido que se "deben citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto (conf. "Villegas Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Constitución y Justicia, t. III, p. 620). Ya se ha sostenido en el precedente citado, que la impugnación *in totum* de una norma sólo será admisible cuando los accionantes expresen las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la misma. Esta carga no ha sido cumplida por los accionantes quienes solicitan al tribunal se declare la inconstitucionalidad "del art. 4.7.2.1 del Código de Edificación, la resol. 878/06 del jefe de Gobierno, la ordenanza 24.654, el DNU 1/05, y el DNU 2/05, así como también de toda la normativa que exija o regule la necesidad de permisos, habilitaciones y autorizaciones exigidos especialmente para la ejecución de la música en vivo" (fs. 33).

3. Asimismo el Tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe

especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 20/6/2000).

Tal como ya ha sostenido el Tribunal desde sus primeros pronunciamientos "es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalín Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, p. 59).

Cuando los derechos o garantías supuestamente afectados pueden afectar múltiples situaciones, y ser entendidos en muy diversos sentidos y con alcances disímiles, quien acciona debe establecer con meridiana claridad cual es la relación que establece entre los preceptos constitucionales que menciona y las normas infraconstitucionales que denuncia. Tanto más en procesos peculiares, con control abstracto de inconstitucionalidad y competencia originaria del Tribunal, porque no se trata de que sean los jueces quienes definan los límites de la lesión si la hubiera, o lo que es aún más graves, el tipo de agravio de que se trata.

4. Considero importante destacar que lo solicitado en el petitorio excede el marco de la acción regulada por el art. 113, inc. 2º de la CCBA por lo que ni siquiera la elección de la vía parece adecuada para satisfacer su pretensión.

5. En consecuencia, voto por declarar inadmisible la demanda.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Comparto los argumentos vertidos por la Dra. Ruiz en su voto y propicio la misma solución.

En efecto, este Tribunal ha establecido en reiteradas oportunidades que "Es requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales con los que las primeras entran en colisión. (TSJBA, causa SAO 31/99, "Massalín Particulares S.A. c/Gob. Ciudad de Buenos

Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 5/5/1999; causa SAO 42/99 "Blanco, María Susana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad", resolución del 4/6/1999; causa SAO 60/99, "Cavallari, María Georgina c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa y de inconstitucionalidad", resolución del 11/8/1999).

Resulta fundamental para evaluar la procedencia de la acción intentada, que quien la inicie analice con claridad y en forma pormenorizada las razones en que sustenta la inconstitucionalidad que pretende. El mero pedido, que se limita a invocar afirmaciones dogmáticas sin vincularlas adecuadamente con la norma cuestionada y que consiste en una suma de críticas y comentarios que no llegan a constituir una verdadera censura de base constitucional, no reúne los requisitos mínimos exigibles para el ejercicio del control de constitucionalidad.

Como ejemplo de la imprecisión que domina el escrito de inicio, debo señalar que más que una concreta razón de orden constitucional lo que surge de la presentación es un cuestionamiento global a la política de habilitación y permisos en relación con espectáculos de ejecución de música en vivo y a las restricciones que la Administración ha decidido imponer a esta actividad, que si bien comprende medidas de diversa índole, son objetadas desde una misma plataforma argumental, ciertamente genérica.

En efecto, la falta de precisión de la demanda en cuanto a las situaciones que ella comprendería y de desarrollo argumental de índole constitucional concreta, razonada y pertinente, demuestra que la parte actora no ha logrado articular un caso constitucional que vincule las distintas normas cuestionadas con la vulneración de los principios de naturaleza constitucional que se consideran afectados. Esta confusión y poca precisión de la demanda se advierte incluso de la lectura de la documentación acompañada, donde figuran artículos periodísticos y una resolución de la Defensoría del Pueblo que se refieren a la aplicación del DNU 3/05 y a una resol. 878 (sin otro dato), normas no cuestionadas en esta acción que ahora se intenta.

La misma imprecisión, vaguedad y falta de correspondencia con la vía elegida se advierten al momento de analizar el contenido de la pretensión. Así, se peticiona incluso que: "Se exceptúe a los espacios de cualquier permiso, habilitación o autorización especial o particular que permita, prohiba o restrinja la ejecución de música en vivo" (punto 9, Petitorio)… con lo cual el argumento de la falta de razonabilidad que aduce la parte actora resulta igualmente aplicable al objeto de su preten-

sión e implica, sin más, que la Administración abdique del deber de policía que la Constitución local pone a su cargo.

Algo similar ocurre cuando, a continuación, se solicita al Tribunal que: "Se intime al Sr. Jefe de Gobierno como a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que en un plazo urgente y razonable legisle modificando los requerimientos impuestos por el Código de Habilitaciones y Verificaciones a los espacios donde desarrollamos nuestra actividad... En el mismo sentido, se modifique conjuntamente toda la normativa que se haya dictado al respecto, así como el Código de Edificación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (punto 10, Petitorio).

Estas pretensiones no sólo resultan contradictorias entre sí, sino que además, como lo advierte la Dra. Ruiz, exceden el marco de acción conferido al Tribunal por el art. 113 inc. 2º, CCBA.

La declaración de admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración del Tribunal contenga un debate constitucional fundado con absoluta seriedad. No basta, para dar curso a su tramitación con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza, por la que se puede llegar a abrogar una norma de carácter general por medio de una decisión que proyectaría sus efectos sobre la población en general.

En definitiva, voto por declarar inadmisible la demanda.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar parcialmente admisible* la acción de inconstitucionalidad, con el alcance señalado en el punto 2 de los fundamentos del voto del juez José O. Casás.

2º. *Correr traslado* de la demanda mediante oficio dirigido al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLVII

"FORNASARI, NORBERTO FABIO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Amparo. Idoneidad de la vía elegida. Requisitos para su procedencia. Reglamentación del art. 5º de la ley 1181. Obligatoriedad de realizar los aportes previsionales respecto de los profesionales que optaron por otra caja previsional. Art. 67, inc. 2º de la ley 1181. Excepción de pago de Aporte Mínimo Anual Obligatorio (AMAO). Competencia de la Asamblea de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para reglamentar la ley 1181. Delegación de la potestad reglamentaria en materia tributaria. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Ampliación del aspecto subjetivo del presupuesto de hecho de la obligación tributaria definido por la ley por vía de reglamentación. Aplicación del régimen previsional a sujetos expresamente exceptuados. Pautas hermenéuticas para la interpretación de las leyes. Profesionales afiliados a otra caja profesional para abogados. Principio de igualdad. Carácter obligatorio del sistema previsional de la Ciudad de Buenos Aires. Principio de solidaridad. Naturaleza de las tributaria de las contribuciones y aportes previsionales. Prestaciones patrimoniales coactivas con afectación específica. Contribuciones especiales. Parafiscalidad. Principio presupuestario de unidad. Suscripción del Convenio de Reciprocidad con la Nación. Régimen legal de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Superposición o multiplicidad de aportes. Alcance del art. 14 bis de la C.N. Costas.

Expte. nº 4911/06 - 18/4/2007

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/8 se presenta el Dr. Fornasari y promueve acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CASSABA), a fin que se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 —dispuesta mediante resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA—, en cuanto obliga a realizar aportes a quienes ejercieron la opción por otra Caja Previsional.

Fundamenta su pedido de inconstitucionalidad en los siguientes argumentos:

a) Afirma que la Asamblea de CASSABA carecía de competencia para reglamentar la ley 1181, ya que dicha reglamentación correspondía, como ocurre con todas las leyes de la Ciudad, al Poder Ejecutivo local, en los términos de los arts. 102 y 104, CCBA.

b) Y agrega que el Poder Ejecutivo local ejerció parcialmente dicha potestad reglamentaria al dictar el dec. 2046/04, en el que reglamentó los arts. 78 y 139 de la ley 1181, y requirió —en su art. 2º— a las autoridades de CASSABA y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que en el plazo allí establecido acercasen a la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana las propuestas de reglamentación del resto de articulado de la referida ley.

c) Sostiene que la norma cuestionada viola el principio constitucional de reserva de ley tributaria, aplicable al caso porque los aportes previstos en la ley 1181 forman parte de la categoría de "contribuciones especiales".

d) Dice que la reglamentación cuestionada modifica el ámbito personal del hecho imponible extendiendo la aplicación del régimen a sujetos expresamente excluidos por el art. 5º de la ley 1181.

e) Aduce que la reglamentación viola el art. 14 bis C.N., al consagrar una superposición —y no multiplicidad— de aportes, toda vez que ellos son realizados en virtud de la misma actividad: el ejercicio de la profesión de abogado.

2. A fs. 31/34 el señor juez de primera instancia dictó sentencia, en la que hizo lugar a la acción de amparo deducida, y en consecuencia declaró, con relación al amparista, la inconstitucionalidad e inoponibilidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 dispuesta mediante resol. 004-A/05 de la Asamblea de CASSABA.

3. A fs. 35/58 se presentó CASSABA y apeló la sentencia de primera instancia.

Sustentó su apelación en los siguientes argumentos:

a) Con respecto a la alegada incompetencia de CASSABA, sostiene que el Poder Ejecutivo sólo puede reglamentar aquellas leyes cuya aplicación está a su cargo.

b) Pero la ley 1181 le reconoce a CASSABA la condición de persona jurídica pública no estatal (art. 2º) económica y financieramente autónoma, es decir que no guarda relación jerárquica alguna con la Administración. Por ende, la reglamentación de dicha ley resulta un resorte exclusivo de CASSABA, en tanto órgano de aplicación de la misma.

c) No existe violación al principio de legalidad tributaria porque es la propia ley 1181 la que establece un régimen de aportes *obligatorio* como corolario de la realización de trabajos en jurisdicción local, y el carácter de *afiliado* a CASSABA se adquiere por el mero acto de matricularse en esta jurisdicción, sin que pueda entrar en juego la decisión particular de no realizar aportes o autoexcluirse de un régimen de estricta naturaleza compulsiva, situación similar a la que se constata con todas las Cajas Previsionales locales del país.

d) Por lo tanto, quien tiene matrícula en la Ciudad de Buenos Aires pero está afiliado a otra Caja, no se encuentra fuera del sistema previsional local, sigue siendo afiliado a CASSABA y debe aportar al mismo en los términos de la ley 1181 y su reglamentación.

e) El fallo recurrido resuelve sin considerar los principios jurídicos que gobiernan la materia implicada.

f) En efecto, en el campo de la seguridad social imperan los principios de obligatoriedad de la afiliación, solidaridad social y universalidad, así como una interpretación de las normas previsionales que privilegie la finalidad que en ellas se persigue, salvando las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal.

g) Por lo tanto, la no percepción por ninguna Caja de los aportes que correspondan por trabajos realizados conculca el principio de solidaridad, con efecto redistributivo, fundamento de la ley 1181, y dificulta la efectiva concreción de los beneficios de la seguridad social garantizados por el art. 14 bis *in fine* C.N., al acarrear un irreparable desfinanciamiento de CASSABA.

h) Para resolver esta cuestión resulta importante contemplar que en virtud del convenio suscripto entre las autoridades de la Caja y el Secretario de Seguridad Social del 12/12/2003, aprobado por resolución del Secretario de Seguridad Social 19/03 de la misma fecha, CASSABA ha quedado incorporada al sistema de reciprocidad jubilatoria que, en el orden nacional, ratificó la resolución 363/81 de la ex Subsecretaría de Seguridad Social.

i) Este sistema materializa un régimen de reconocimiento de los aportes efectuados en las distintas jurisdicciones —nacional, provinciales y municipales— para que puedan ser contabilizados a los efectos de acceder a los beneficios previstos en los distintos regímenes, y dispone la transferencia de los aportes ingresados en las distintas Cajas a la Caja otorgante de la prestación que lo requiera.

j) La propia ley 1181 ha considerado trascendente la incorporación a este régimen de reciprocidad previsional, al punto tal que estableció que recién cuando ello ocurra entrará en vigencia dicha ley.

k) La pretensión del actor es lesiva del principio de igualdad ante la ley, porque habría profesionales que aportan a CASSABA mientras que otros, los afiliados a otras Cajas, podrían actuar en esta jurisdicción pero sin obligación previsional alguna, ya que no aportarían a CASSABA pero tampoco a la Caja a la que están afiliados.

l) Cuando la misma profesión se ejerza, al mismo tiempo, en ámbitos territoriales distintos, no existiría superposición sino multiplicidad de aportes, en tanto existen dos ejercicios profesionales sujetos a modalidades distintas, en distintas jurisdicciones.

4. A fs. 81/91 la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y tributario dictó sentencia, en la que dispuso hacer lugar a los agravios, revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazar el amparo.

5. A fs. 94/103 el Dr. Fornasari interpuso recurso de inconstitucionalidad, en el que insiste con los argumentos esbozados en la demanda para fundamentar su pedido de declaración de inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181, dispuesta por la resol. 004-A/05 de la Asamblea de CASSABA, y agrega que no existe Convenio de Reciprocidad entre CASSABA y la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, a la que él se encuentra afiliado.

Dicho recurso fue contestado por CASSABA a fs. 107/128.

6. A fs. 130 la Cámara resolvió conceder el recurso de inconstitucionalidad deducido por el actor.

7. A fs. 134/139 obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, que propicia desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido, ya que cumple los requisitos formales exigidos por la ley 402, y plantea adecuadamente un caso constitucional.

En efecto, el accionante plantea la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181, y lo fundamenta en la violación de distintas normas —arts. 4º, 14 bis, 17, 19, 52 y 75 incs. 1º y 2º C.N., y 4º,

9º inc. 1º, 51, 80 inc. 2º punto A, 102, 103 y 104, CCBA— y principios constitucionales —derecho a la propiedad, división de poderes, principio de legalidad tributaria, prohibición de superposición de aportes provisionales—. Este esfuerzo argumental supera el examen de admisibilidad formal, y amerita analizar el recurso impetrado.

2. Previamente, resulta necesario formular algunas precisiones referidas a la pretensión planteada en autos por el recurrente.

El Dr. Fornasari inició la presente acción con el objeto de que "se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Una primera lectura —estrictamente literal y descontextualizada— de este enunciado podría conducirnos a pensar que el pedido estaría orientado a obtener una declaración aparentemente general y abstracta en torno a la validez constitucional de la normativa aludida, lo cual no podría considerarse una *causa* susceptible de justificar la intervención judicial.

Sin embargo, a pesar de no estar claramente indicada, la relación jurídica involucrada es fácil de identificar. En efecto, y tal como lo entendieron las instancias de mérito, el control constitucional era indispensable para despejar la incertidumbre en torno a la existencia o inexistencia de una obligación previsional *a cargo del actor,* ya que sus honorarios profesionales por pleitos sustanciados en la Ciudad habrían quedado alcanzados por los aportes previstos en la reglamentación impugnada. Así planteado, el amparo tendría por objeto establecer si las relaciones jurídicas aludidas generan o no un crédito a favor de CASSABA.

Así delineado el presente caso, y habida cuenta que no median agravios sobre el punto, pueden darse por cumplidos los presupuestos de actuación del Poder Judicial.

Realizada esta aclaración, procederé a analizar los tres argumentos principales desarrollados por el recurrente para sostener su pretensión.

3. Incompetencia de la Asamblea de CASSABA para reglamentar la ley 1181.

El recurrente afirma que la Asamblea de CASSABA carecía de competencia para reglamentar la ley 1181, ya que dicha reglamentación corresponde, como ocurre con todas las leyes de la Ciudad, al Poder Ejecutivo local.

a) Existen cuatro clases o especies de reglamentos: los ejecutivos, los autónomos, los delegados y los de necesidad y urgencia.

Los reglamentos ejecutivos son aquellos que se emiten para hacer posible o más conveniente la ejecución o aplicación de las leyes, cuidando de respetar fielmente su espíritu. En cuanto al contenido de estos re-

glamentos, suelen aclarar términos confusos o contradictorios, regular detalles omitidos, o precisar el alcance de las disposiciones de la ley.

En principio, la potestad de reglamentar las leyes corresponde al Poder Ejecutivo. Así lo determinan, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los arts. 102 y 104, CCBA, el primero de los cuales establece que el Jefe de Gobierno "... Participa en la formación e las leyes según lo dispuesto en esta Constitución, tiene iniciativa legislativa, promulga las leyes y las hace publicar, *las reglamenta sin alterar su espíritu* y las ejecuta de igual modo..." (lo destacado es propio).

Pero ¿esta potestad es exclusiva del Poder Ejecutivo? ¿O en ciertos supuestos dicha potestad reglamentaria puede ser atribuída expresa o implícitamente a otro órgano?

Marienhoff afirma que los reglamentos de ejecución tienen un límite virtual o implícito: que la ley respectiva, por la materia que se trate, sea de aplicación por el órgano ejecutivo. De lo contrario, éste estaría violando el principio constitucional de división de poderes al inmiscuirse en la competencia de otro de los órganos de gobierno —Legislativo o Judicial— (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* 5ª ed. act., t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, nº 71, p. 280).

En conclusión, la potestad de sancionar reglamentos ejecutivos, si bien corresponde en principio al Poder Ejecutivo, no es una atribución exclusiva de éste, y en consecuencia habrá que analizar cada ley en particular para determinar si debe o no ser reglamentada, y en caso afirmativo cuál es el órgano competente para aplicarla y para emitir dicha reglamentación.

b) El interrogante a dilucidar es el siguiente: ¿CASSABA tiene facultades reglamentarias?

El art. 2º de la ley 1181 establece: "Créase la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA), en adelante 'la Caja', como una persona jurídica de derecho público no estatal con autonomía económica y financiera. La Caja tiene por objeto fundamental hacer efectivo el Sistema de Seguridad Social instituido en la presente ley".

Concordantemente, el art. 4º precisa que "Las disposiciones de esta ley son de orden público y su aplicación está a cargo de la Caja."

No quedan dudas, entonces, que CASSABA es el órgano de aplicación de la ley 1181, y tiene como misión organizar y desarrollar el presente Sistema de Seguridad Social.

Para ejercer esta función, CASSABA tiene distintas potestades, entre las que se encuentra el poder reglamentario. Ello surge en *forma implí-*

cita de las normas citadas precedentemente, y en *forma expresa* de los arts. 3º y 120 inc. 1º de la ley 1181.

El art. 3º dispone que "La Caja se rige por esta ley, su reglamentación y las Disposiciones y Resoluciones que dicten sus órganos, debiendo fijar su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", mientras que el art. 120 expresa que "Son atribuciones de la Asamblea Ordinaria: *1.* Dictar las disposiciones y resoluciones conforme a los fines y objetivos que inspiran a la presente ley (...)".

Estas normas expresamente reconocen, en términos generales, la potestad reglamentaria de CASSABA, que puede expresarse mediante disposiciones o resoluciones, y que no se limita solo al dictado de normas de autoorganización. Y ello resulta algo lógico, porque sin dicha facultad resultaría de imposible cumplimiento para CASSABA la misión que le encarga la ley 1181. En efecto, ¿cómo se organiza un sistema si el órgano encargado de ello no puede dictar normas reglamentarias?

c) La conclusión precedentemente expuesta no se ve obstaculizada por la sanción de los decs. 2064-GCBA/04 y 151-GCBA/07:

El art. 2º del dec. local 2064/04 establece lo siguiente: "...Requiérase a las autoridades de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que en un plazo de 60 días acerquen a la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, las *propuestas para la reglamentación del resto del articulado de la ley 1181..."* (el destacado es propio).

Por otro lado, el reciente dec. 151/07, dictado por el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con fecha 22/1/2006 (publicado en *BOCBA* nº 2615 del 30/1/2007), dispuso en su art. 2º intimar a CASSABA para que deje sin efecto la reglamentación de la ley 1181 dispuesta por resol. 4-A/05, por considerar que la Asamblea de CASSABA carecía de competencia para emitir dicha norma.

Pero contrariamente a lo afirmado por el voto mayoritario de Cámara en el ap. IX.3 (fs. 85), no se trata de un supuesto de delegación de la potestad reglamentaria efectuado por el Jefe de Gobierno —en cuyo caso podría ser revocada—, sino que es la Legislatura de la Ciudad la que le atribuyó no solo implícita sino también expresamente dicha potestad a CASSABA, en la ley 1181. O en otras palabras, *la fuente de la potestad reglamentaria de CASSABA es la ley 1181, y no el art. 3º del dec. regl. 2064/04.*

En definitiva, el Poder Ejecutivo local no puede quitarle ni desconocerle facultades a CASSABA que nunca le delegó, por el simple hecho de que es la propia ley 1181 quien le atribuyó la potestad reglamentaria a la Caja.

d) En síntesis, podemos afirmar que CASSABA está facultada para reglamentar el sistema previsional creado por la ley 1181, goza de competencia para ello en su carácter de autoridad de aplicación.

4. Exceso reglamentario. Violación del principio de legalidad tributaria.

El recurrente también sostiene que la norma cuestionada viola el principio constitucional de reserva de ley tributaria, al extender la aplicación del régimen a sujetos expresamente excluidos por el art. 5º de la ley 1181, lo cual constituiría un exceso reglamentario.

a) Al reglamentar el sistema previsional de la ley 1181, CASSABA debe respetar ciertas *limitaciones*.

La primera de ellas es que en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye la ley 1181 *no puede transgredir su espíritu ni dificultar los fines* que se propone dicha norma.

Una segunda y obvia limitación, que se desprende del principio de legalidad tributaria, es que *no puede modificar los elementos estructurantes de los tributos* —aportes y contribuciones— previstos en la ley 1181, los que sólo puede ser determinados por esa u otras leyes —en sentido formal— que se dicten a futuro.

Y un tercer aspecto a tener en cuenta, es que CASSABA sólo puede ejercer su poder reglamentario para posibilitar el adecuado funcionamiento del sistema previsional creado por la ley 1181, es decir que *no puede exceder el ámbito de competencia en razón de la materia.*

b) Sentado lo expuesto, corresponde analizar el contenido de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181, para determinar si existió o no un exceso reglamentario.

Para realizar este análisis es conveniente tener en cuenta ciertas *pautas hermenéuticas* (conf. mi voto en expte. nº 4066, "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —apelación'", sentencia del 19/12/2005):

i. La CSJN ha dicho en innumerables oportunidades que las leyes deben interpretarse en forma *sistemática*, es decir evitando darles un sentido que ponga en pugna a las disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto (CSJN, 17/8/2000, "Chichizola, Jorge A. c/Instituto Nac. de Prev. para el Pers. del Estado y Servicios Públicos", *DT,* 2001-B, 1517; ídem, 25/6/1985, "Fiat Concord, S.A. c/Gobierno nacional -A.N.A.", *LL,* 1985-D, 500).

ii. Por otro lado, el Máximo Tribunal de la Nación también ha dicho que "...no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio que utilice y prefiere la labor interpretativa; pues ellas (las consecuencias) constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (*Fallos*, 307:1018...)" (CSJN, 25/9/1997, "Sigra S.R.L.", *LL,* 1998-A, 336).

iii. Esta pauta hermenéutica ha sido denominada por el Dr. Sagüés como "interpretación previsora" (Sagüés, Néstor Pedro: "Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad", *ED*, 118-909).

iv. También es importante tener en cuenta los *fines* que persigue la norma, tal como lo dijo la Corte en los siguientes términos: "es misión del intérprete indagar 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. Cualquiera que sea la índole de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla" (*Fallos*, 308:215; en el mismo sentido, *Fallos*, 322:2624).

c) El art. 5º de la ley 1181 es, claramente, imperfecto en su redacción. En estos casos y conforme el criterio expuesto precedentemente en el punto 3.b.iii), "...la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma..." (CSJN, 25/11/1986, "Ferrer, Roberto O. c/Gobierno nacional —Ministerio de Defensa—", *LL,* 1987-A, 53).

Dicho artículo, en su segundo párrafo, establece que están "exceptuados" *(sic)* del sistema previsional "...quienes se encuentran obligatoriamente afiliados a otra Caja Profesional para Abogados, en tanto continúen cotizando a dicho régimen y manifiesten fehacientemente la voluntad de acogerse a esta excepción dentro de los noventa (90) días del comienzo de la obligatoriedad de esta ley o de la iniciación de su actividad para los profesionales recientemente recibidos...".

Una primera lectura, estrictamente literal, podría conducirnos a pensar —como lo sostiene el accionante— que esa categoría de profesionales no debe realizar ningún tipo de aportes a CASSABA. Pero esa posible solución choca contra la lógica del sistema y los principios que la infor-

man, más precisamente contra los *principios de igualdad, obligatoriedad y solidaridad previsional.*

i) En primer lugar, si se aceptara esta pretensión, por los trabajos realizados en la Ciudad de Buenos Aires, dicho profesional no realizaría ningún tipo de aporte a ninguna Caja previsional, ni a CASSABA ni a la otra Caja provincial a la que se afilió. Ello generaría una situación injusta y violatoria del *principio de igualdad* respecto de los restantes profesionales que deben realizar aportes a CASSABA, porque ello aumentaría el costo del servicio a cargo del cliente y/o disminuiría la ganancia del profesional que afronta el gasto con parte de sus honorarios.

La valoración de estas posibles consecuencias permite apreciar cuán disvaliosa e irrazonable resulta la posición defendida por el accionante.

ii) Por otra parte, el art. 1º de la ley 1181 establece que el sistema previsional creado es de "carácter obligatorio".

Si determinados profesionales, por el hecho de realizar una opción por otra Caja Previsional en los términos del art. 5º, pudieran actuar profesionalmente en la Ciudad de Buenos Aires pero sin efectuar ningún tipo de aporte a CASSABA, el sistema terminaría transformándose en "voluntario". Y es que los abogados podrían, por su sola voluntad, eludir el pago de obligaciones previsionales al ejercer dicha opción, generando no solo una situación desigualitaria respecto de los demás letrados que ejercen la profesión en esta jurisdicción, sino también contribuyendo al desfinanciamiento de CASSABA.

Y no parece lógico pensar que el legislador local creó un sistema previsional "obligatorio" e incluyó una cláusula que permite eludirlo voluntariamente, ni tampoco podemos pensar que al legislador no le interese garantizar el financiamiento de CASSABA.

iii) Y en tercer lugar, cabe recordar que el financiamiento de las prestaciones previsionales debe fundarse en el *principio de solidaridad* entre ricos y pobres, asalariados y empresarios, personas jóvenes o de edad avanzada. Este principio esencial ha sido recogido por el art. 1º de la ley 1181, que dice expresamente que el sistema previsional por ella creado está "...basado en el principio de solidaridad...".

Una interpretación del art. 5º de la ley 1181 que permita eludir el pago de aportes a determinados abogados violenta dicho principio y el espíritu de la ley. Quienes están en condiciones de trabajar, y por ende reciban honorarios o inicien su actuación profesional en un asunto judi-

cial o administrativo en este ámbito jurisdiccional, deben contribuir al financiamiento de CASSABA, porque de lo contrario se desfinanciaría el sistema y consecuentemente dificultaría el cumplimiento de las prestaciones previstas en la ley a favor de quienes lo necesiten.

d) Como acertadamente afirma el accionante, los aportes previstos en el art. 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181 deben considerarse "contribuciones especiales".

Estos son tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado. La existencia de esta contraprestación es la característica esencial de esta especie de tributo (Villegas, Héctor B.: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario,* 7ª ed. amp. y act., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 104).

Una de las críticas planteadas a la reglamentación del art. 5º de la ley 1181, es que obliga a realizar determinados aportes a sujetos que no pueden acceder a las prestaciones —jubilaciones y pensiones— previstas en el art. 7º de la ley 1181, conforme lo dispuesto por la misma reglamentación que establecer que "...El ejercicio de la opción prevista en el segundo párrafo del art. 5º importa la excepción a la obligación de cubrir el AMAO y *la pérdida del derecho a acceder a las prestaciones previstas en el art. 7º..."* (el destacado es propio).

Si bien es cierto que el profesional que opte por otra Caja Profesional perderá el derecho a acceder a las prestaciones previstas en el art. 7º de la ley 1181, también lo es que, de todas maneras, *los aportes que realice a CASSABA redundarán en un beneficio*, ya que serán computados al momento de determinar la antigüedad —siempre que se trate de servicios profesionales no simultáneos— y acrecentarán su futuro haber previsional, en los términos del sistema de reciprocidad de la resol. 363-SSSS/81, cuyos principales lineamientos serán desarrollados a continuación.

e) El 29/12/1980 se firmó un *Convenio de Reciprocidad* entre los directores nacionales de las Cajas Nacionales de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, para el Personal del Estado y Servicios Públicos y para Trabajadores Autónomos —por una parte—, y representantes de cajas de previsión y seguridad social de distintas provincias —por la otra—. Entre las Cajas que, desde el inicio, formaron parte de este sistema, figura la *Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires* (art. 1º), a la que se encuentra afiliado el accionante.

Dicho régimen establece de qué manera se debe computar la antigüedad y establecer el teórico haber total de jubilación o pensión para un profesional que a lo largo de su trayectoria profesional realizó aportes en dos o más Cajas de Previsión Social.

Entre otras disposiciones, establece que deben computarse recíprocamente y al solo efecto de la determinación de antigüedad los servicios no simultáneos reconocidos por cada una de las Cajas (art. 1º), e instrumenta la forma en que se conformará el haber previsional y se transferirán mensualmente los fondos de las Cajas participantes del sistema a la Caja otorgante de la pensión o jubilación (arts. 5º a 10, principalmente).

Como podemos apreciar, este régimen de reciprocidad previsional presupone necesariamente que los profesionales comprendidos realicen aportes en varias Cajas, aún cuando finalmente reciban la jubilación o pensión de una sola de ellas, ya que esa jubilación o pensión total se integrará con los montos proporcionales que transfieran mensualmente las restantes Cajas.

La ley 1181 previó la adhesión de CASSABA a este sistema, en su cláusula transitoria 9ª, según la cual "La presente ley entra en vigencia a partir de la firma del convenio de reciprocidad con la Nación". La inclusión de CASSABA a este sistema ocurrió con el dictado de la resol. 19/SSS/03 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, de fecha 12/12/2003.

Es decir, el legislador consideró de vital importancia la adhesión a este sistema, al punto tal que condicionó la entrada en vigencia de la ley 1181 a la respectiva incorporación de CASSABA.

Y es que, como acertadamente destaca el voto mayoritario de la Cámara, este convenio de reciprocidad previsional logra preservar debidamente el carácter contributivo del sistema, ya que el haber previsional total reflejará la entidad de los aportes realizados a cada régimen en el que el afiliado se encuentre obligatoriamente comprendido, y se computarán los servicios no simultáneos prestados en distintas jurisdicciones a los fines de computar la antigüedad.

Si fuera correcta la pretensión del actor, y los profesionales que optaron por otra Caja Profesional estuvieran exentos de todo aporte previsional a CASSABA, ¿para qué serviría el convenio de reciprocidad? ¿Por qué se consideró tan importante la adhesión a un sistema de reciprocidad previsional que sería de escasa aplicación práctica?

Como corresponde asignarle pleno efecto a la voluntad del legislador, ya que *no cabe presumir la inconsecuencia o imprevisión del mismo* (*Fallos,* 310:195; 312:1614; 316:1115; 321:2453, entre muchos otros), la interpretación a la que cabe arribar es la que asegura la plena efectividad y cumplimiento del sistema de reciprocidad previsional antes desarrollado.

f) Para fortalecer la razonabilidad de esta interpretación, resulta interesante apreciar cómo funciona el *régimen legal de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires,* a la que está afiliado el accionante conforme lo manifestado en la demanda (puntoVI.5, fs. 8).

El art. 31 de la ley 6716 de la Provincia de Buenos Aires, que regula el sistema de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, establece textualmente —en la parte que nos interesa— que *"Todos los Abogados y Procuradores inscriptos en la matrícula de los Colegios Departamentales son afiliados de la Caja y sus beneficiarios,* de conformidad con las disposiciones de la presente ley y los reglamentos que, encuadrados en la misma, dicte el Directorio. Sin perjuicio de ello es requisito indispensable para asumir el carácter de beneficiario, acreditar actividad profesional en la provincia, en forma de ejercicio continuo, permanente e ininterrumpido, o en lapsos que, sumados, completen el período legal..." (el destacado es propio).

En dicha jurisdicción, el solo hecho de matricularse implica la afiliación obligatoria a la Caja, aunque el abogado o procurador está afiliado también a otra Caja.

Esta pauta es importante para interpretar como funciona el sistema de CASSABA en la Ciudad, ya que cuando hablamos de temas previsionales nos estamos refiriendo a un único sistema en el orden nacional —el Sistema Unico de Seguridad Social (SUSS)—, si bien integrado por distintos subsistemas —el régimen de AFJP, el régimen de reparto, las Cajas provinciales, etc.—. Es conveniente, entonces, armonizar el funcionamiento de dichos subsistemas, en vez de interpretar las normas —como pretende el accionante— de una manera disvaliosa y disfuncional.

g) En conclusión, lo que hace la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 es subsanar una redacción que podía generar ciertas dudas, y aclarar algo que se desprende de las restantes disposiciones de dicha ley y del propio régimen de reciprocidad previsional al que la ley 1181 ordena adherir: que *todos los abogados con matrícula en la Ciudad de Buenos Aires y que desarrollen tareas profesionales en esta jurisdicción deben considerarse afiliados a CASSABA,* y deben realizar obligatoriamente aportes a dicha Caja.

Esta solución es la más coherente con el carácter obligatorio del sistema, con el principio de solidaridad que lo gobierna, y con las restantes disposiciones de la ley 1181 y del convenio de reciprocidad resol. 363/SSSS/1981, interpretadas armónica, previsora y teleológicamente.

5. Superposición de aportes (art. 14 bis C.N.).

Por último, el recurrente manifiesta que la reglamentación cuestionada consagra una superposición de aportes, violatoria del art. 14 bis C.N., toda vez que ellos son realizados en virtud de la misma actividad: el ejercicio de la profesión de abogado.

Sin embargo, en este supuesto no existiría superposición de aportes, sino *multiplicidad de aportes,* lo cual no está prohibido por las Constitu-

ciones Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, y cuya constitucionalidad ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*, 300:836, considerando 7º) en los siguientes términos: "...lo que el art. 14 bis de la C.N. prohíbe —al establecer el seguro social obligatorio— no es la 'multiplicidad' sino la 'superposición' de aportes, a cargo de un mismo aportante, y por tal ha de entenderse no la misma física sino la misma calidad o carácter en virtud de los cuales debe aportar...".

Es decir, lo que prohíbe el art. 14 bis C.N. es que por una misma actividad desarrollada en un ámbito jurisdiccional, un mismo sujeto deba realizar aportes previsionales en dos o más Cajas distintas. Pero sí está permitido que una actividad realizadas en ámbitos jurisdiccionales distintos implique la obligación de tributar aportes en Cajas distintas.

Este último supuesto es el que ocurre en autos, ya que el sistema previsional creado por la ley 1181 solo exige realizar aportes a CASSABA por los servicios profesionales desarrollados en la Ciudad de Buenos Aires, y no por los trabajos realizados en otra jurisdicción.

6. Por todo lo expuesto, voto por desestimar el recurso de inconstitucionalidad, con aplicación de costas a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El caso constitucional

El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido en tanto la parte actora sostiene con argumentos suficientes que la reglamentación del art. 5º de la ley local 1181 es inconstitucional, pues considera que: *a)* la reglamentación dictada por CASSABA altera el espíritu de la ley 1181 (art. 102, CCBA), violenta el principio de reserva de ley en materia tributaria [arts. 4, 17, 52 y 75 incs. 1º y 2º, C.N. y arts. 9, inc. 1º, 51, 80 inc. 2a), 81, inc. 9º y 103, CCBA] y *b)* resiente el principio que prohíbe la superposición de aportes (art. 14 bis, C.N.) con menoscabo de su derecho de propiedad (art. 17, C.N.).

2. El *principio de reserva de ley* y las contribuciones y aportes a la seguridad social

La seguridad social o previsión social es un fenómeno hoy con difusión universal que tiende a cubrir diversas contingencias, fundamentalmente de vejez, invalidez y muerte, y que se financia, salvo variantes de detalle, mediante *contribuciones* de los empleadores —e incluso en algunos supuestos de terceros, sobre la base de una relación justificante como la del profesional con su cliente— y *aportes* de los dependientes, o agentes, en el caso de trabajadores autónomos, como lo son los profesionales liberales.

Es que el Estado asume que "no puede dejar a la libre decisión de los interesados la cobertura de los riesgos futuros, toda vez que la experiencia indica que el hombre común no los prevé, especialmente cuando sus ingresos no le permiten, en principio, practicar el ahorro con aquella finalidad"; de allí que "sustituye coactivamente opciones de los particulares y les impone un sistema de previsión social" que al igual que les demanda contribuciones para su sostenimiento, les ofrece beneficios futuros para aquellos que habrán de cumplir determinados requisitos (Galli, Guillermo Pablo: "Naturaleza tributaria de las obligaciones previsionales", *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. III, pp. 129 y ss., en particular p. 132, Buenos Aires, 1980).

En tales condiciones pierden virtualidad las doctrinas que pretenden asignar a dichos institutos naturaleza *iusprivatista*, como si el régimen fuera establecido por los particulares en forma voluntaria al modo de un contrato de seguro, ya que es el Estado en ejercicio de su poder de autoridad quien, coactiva y unilateralmente, ha instituido el sistema, ponderando que es el medio más adecuado para defender el interés general y propender a la realización del bien común.

Las referidas contribuciones y aportes se convierten en prestaciones patrimoniales coactivas con afectación específica, esto es, asignadas a la financiación del o de los sistemas de seguridad social instituidos por la legislación de cada país.

En la República Argentina, durante mucho tiempo, no hubo un régimen uniforme, pues se habían organizado tantos como actividades existentes. Además de ello, junto con los sistemas nacionales, coexistían los respectivos regímenes provinciales para agentes públicos o profesiones liberales (Caja Forense, Caja Notarial, Caja de Previsión Social de Médicos, Bioquímicos y otras especialidades, en este último caso de la Provincia de Córdoba, etc.).

El financiamiento se ha basado en la doble cotización y la nota común de dichas prestaciones puede sintetizarse en que: *a)* se instituyen mediante ley formal dando de tal modo satisfacción al recaudo de *reserva de ley*; *b)* tienen carácter obligatorio, posibilitando el cobro coactivo de las mismas; *c)* son inembargables; y *d)* son proporcionales a las remuneraciones o ingresos del sujeto o, a menudo, para los trabajadores independientes constituyen una suma fija que se acrecienta por la antigüedad en la actividad.

Actualmente la ley 24.241 instituye el *Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP)* a cuyo cargo se han fijado las distintas contingencias a ser atendidas por el *Sistema Único de Seguridad Social (SUSS)*

que está conformado por: *1.* Un régimen previsional público, fundamentado en el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado que se financian a través de un mecanismo de reparto, y *2.* Un régimen previsional basado en la capitalización individual. Paralelamente, el Sistema Único de Seguridad Social (SUSS) también está integrado por Cajas Provinciales —y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— que actúan con carácter complementario o sustitutivo abarcando tanto a agentes públicos, como a profesionales liberales (art. 125, 2º párrafo, C.N.).

Igualmente es menester consignar que, progresivamente, el campo de la seguridad social se fue ampliando y abarca una vasta gama de prestaciones. Dentro de ellas tienen importancia superlativa las que conforman el *salario familiar*, como lo recuerda *Guillermo Pablo Galli* en el ya citado trabajo (v. p. 134), nacido inicialmente a través de acuerdos que se celebraban entre las organizaciones sindicales y patronales y, más tarde, mediante la intervención coactiva del Estado (v. gr. Cajas de Subsidios Familiares), para evitar que el nuevo régimen produjera un efecto inverso de aquél previsto, esto es que en lugar de favorecer al trabajador con mayor número de personas a cargo, lo perjudicara por poseer una familia numerosa. Aparece entonces la contribución obligatoria de cada patrón conforme al número de dependientes, sin perjuicio de las compensaciones —entre los débitos y créditos que se generaran— resultantes de los pagos realizados a los empleados y obreros en razón de las cargas de familia que efectivamente tuvieran.

Asimismo, corresponde aludir a las Obras Sociales, respecto de las cuales existen prestaciones efectivas y actuales entre los aportes que se deben y los servicios que se brindan, consistiendo el núcleo central de la tutela en el servicio de salud y la asistencia médica.

2.1. Caracterización de las contribuciones y aportes a la seguridad social como institutos tributarios

Dentro de la *doctrina nacional* se advierte una marcada coincidencia en atribuir, casi unánimemente, naturaleza tributaria a las contribuciones patronales y aportes personales a la seguridad social.

En el sentido indicado en el párrafo precedente se puede computar la calificada opinión del maestro *Carlos M. Giuliani Fonrouge,* para quien las contribuciones de seguridad social constituyen el grupo más importante de la llamada *parafiscalidad*, no sólo en razón de su magnitud financiera sino por sus implicancias económico sociales (conf. "Acerca de la llamada parafiscalidad", en *Ensayos sobre administración, política y derecho tributarios*, t. I, pp. 1 y ss., en particular p. 22, Macchi, Buenos Aires, 1968).

Agrega este destacado autor, que la finalidad de los recursos no altera la naturaleza tributaria del instituto ya que el *fin asistencial* no deja de ser un *fin estatal*, particularmente desde la incorporación a la *Constitución Nacional* del *art. 14 bis* por la *Reforma del año 1957,* en tanto que a partir de tal dispositivo se ha consagrado que: *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable*. Así también, el hecho de que en algunos casos la tarea asistencial se encuentre a cargo de órganos no estatales (v. gr. Cajas Profesionales) no modifica las apuntadas conclusiones puesto que el Estado puede realizar sus propósitos actuando en forma directa o a través de la colaboración de entes independientes de la Administración activa de carácter público no estatal (ob. cit., pp. 23 y 24). Igualmente, para Giuliani Fonrouge, tampoco obsta a la calificación asignada el hecho de que los recursos de la seguridad social no ingresen a las arcas fiscales, en tanto el principio presupuestario de unidad es de técnica formal y se muestra insuficiente para alterar la sustancialidad del instituto (ob. cit. p. 24).

A su vez, Guillermo Pablo Galli ha sostenido: "La coactividad, el carácter definitivo del pago, la satisfacción de una necesidad pública a la que está destinado y el régimen sancionatorio para sus infractores, así como las facultades de fiscalización y determinación de las respectivas obligaciones de afiliados y responsables que se le acuerdan a los organismos previsionales, califican, sin lugar a dudas, el carácter tributario de la imposición previsional. // No bien examinemos el hecho generador de la obligación en materia previsional comprobaremos que nos encontramos con un impuesto que no guarda diferencia alguna con tantos otros impuestos —directos o indirectos—, que en gran número proliferan en la actualidad. Las notas coincidentes son tales que la única diferencia no es de tal entidad que pueda arrastrar a una distinta calificación" (refiere el autor como nota diferencial, el destino de los ingresos a fondos específicos para financiar el sistema). // Los aportes y contribuciones previsionales son prestaciones pecuniarias coactivas impuestas por el Estado; tal característica, en nuestro derecho, no está discutida. Aun en aquellos supuestos en los cuales la recaudación previsional y su administración queda a cargo de entidades ubicadas fuera de la estructura estatal —caso de las cajas de previsión para profesionales en el orden provincial— no altera su naturaleza toda vez que su función, que es delegada, se limita precisamente a todos los actos posteriores a la imposición, facultad ésta que, siempre, queda reservada al poder político. Sin embargo, en esos casos por necesidad propia del servicio previsional el Estado delega a tales entidades facultades propias de la administración, con el fin de permitir una eficiente y rápida recaudación. Ello autoriza a sostener que, intrínsecamente, no existe dife-

rencia entre los actos de determinación y recaudación de dichas cajas previsionales y aquellas que ejercen los entes estatales —tales como la Dirección General Impositiva y la Administración Nacional de Aduanas— toda vez que todos ellos se ejecutan en ejercicio de las facultades que cada uno ha recibido en sus respectivas leyes, facultades que no difieren en lo esencial. // Por lo demás, en todos ellos el empleo que el Estado o el ente público haga de los fondos recaudados no influye sobre el origen y la extensión de la obligación que pesa sobre el contribuyente (...) // Aceptamos la calificación de parafiscalidad —ya impuesta— para regímenes como los que se han mencionado hasta ahora y, por lo tanto, los aportes y las contribuciones —sean de los dependientes como de los patrones— son impuestos parafiscales. Impuestos que para los primeros configuran impuestos proporcionales directos sobre la renta de carácter real, en tanto que para los segundos suponen un impuesto indirecto proporcional al gasto en salarios efectuado por el contribuyente. Para el supuesto de los trabajadores independientes la imposición se presenta más peculiar pues constituye un impuesto proporcional no a los ingresos, sino a otro índice de tipo indirecto, cual es la antigüedad en la profesión, oficio o comercio. // Sin embargo la calificación de impuesto parafiscal sólo tiene consecuencia presupuestaria en tanto se encuentre o no determinado impuesto incluido en las estimaciones del presupuesto, conforme al destino de su recaudación" (ob. cit., pp. 142 y ss., en particular pp. 143 a 145).

El profesor *Dino Jarach,* al ocuparse de los aportes y contribuciones de la seguridad social desecha, en cambio, la noción de parafiscalidad, pero igualmente entiende que se trata de impuestos sobre sueldos y salarios y sobre el monto de las remuneraciones pagadas al personal, respectivamente; agregando que la afectación específica del recurso no conduce a que exista una relación conmutativa, directa e individual entre el pago de los aportes y contribuciones y los beneficios del sistema (conf. *Finanzas públicas y derecho tributario*, p. 252, Cangallo, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Buenos Aires, 1985). De todos modos, para el calificado jurista, concebidos como impuestos afectados, se mantiene y reafirma su naturaleza tributaria.

Para el académico *Horacio A. García Belsunce,* en el caso de las contribuciones de seguridad social es necesario diferenciar quien es el sujeto activo de la obligación, apuntando a distintas categorías tributarias en tanto tal rol lo cumpla el Estado —contribución especial o contribución parafiscal—, para dejar solamente al margen de las mismas a las cuotas o aportes a favor de personas jurídicas privadas cuando ellas nazcan voluntariamente de la libertad contractual (conf. "El principio de legalidad", en *El Principio de Legalidad en el Derecho Tributario*, Simposio

organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y el Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, celebrado del 15 al 16/10/1986, pp. 73 y ss., en particular p. 110, Montevideo, 1986).

Por su parte, *José María Martín,* siguiendo a Giuliani Fonrouge, entiende que las obligaciones para con el sistema de seguridad social se ubican dentro de la categoría de las contribuciones parafiscales, las cuales reconocen una genuina naturaleza tributaria dado que no son cotizaciones voluntarias o libres, sino prestaciones compulsivas exigidas por el Estado (conf. *Derecho tributario argentino*, pp. 117 y ss., Cima, Buenos Aires, 1980).

El académico de la provincia de Córdoba *Héctor B. Villegas,* reflexiona en los siguientes términos: "Para quienes obtienen beneficios de dichas entidades (obreros, empleados, autónomos, etc.) sus aportes constituyen contribuciones especiales. En cambio, para quienes aportan sin que les ataña una actividad estatal vinculante ni un beneficio específico (p. ej., empleadores con respecto a los organismos que otorgan beneficios a sus empleados), tal aporte asume el carácter de un impuesto parecido al 'impuesto estadounidense a las nóminas', o sea, proporcional a la totalidad de remuneraciones pagadas a los subordinados encuadrados en el régimen de seguridad social" (conf. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, título tercero: "Derecho Tributario. Parte General", capítulo VII: "Nociones Preliminares", parágrafo D: "Otros tributos", subparágrafo c: "Naturaleza de los aportes y contribuciones previsionales", pp. 204 y ss., en particular p. 205, Astrea, Buenos Aires, 2002).

En un enfoque actualizado de la cuestión, *Daniel G. Pérez* se pronuncia confirmando la naturaleza tributaria de los aportes y contribuciones a la seguridad social, si bien se orienta a enrolar la mayoría de las prestaciones en la categoría de los tributos no vinculados en tanto no alcanza a identificar en ellos "gastos", "servicios" o "beneficios" particularizados en el contribuyente —característica de los tributos vinculados—, salvo en el aporte personal del trabajador dependiente, del autónomo o monotributista, que tiene como destino su cuenta del régimen de capitalización. Ello así, desde que, según su parecer, en todos los otros supuestos la hipótesis de incidencia elegida por el legislador es absolutamente independiente de cualquier actividad estatal identificable a favor de quien se encuentra obligado al pago, lo que acerca el tributo al impuesto (conf. *Procedimiento tributario. Recursos de la seguridad social*, t. I: "Procedimiento y proceso", título preliminar, capítulo introductorio, parágrafo 24: "Conclusiones", pp. 45 y ss., Errepar, Buenos Aires, 2006).

Las coincidencias dentro del *pensamiento jurídico argentino sobre la naturaleza tributaria de las prestaciones pecuniarias* coactivas *al sis-*

tema de seguridad social me ahorran realizar otros comentarios, más allá de los matices en cuanto a la caracterización de dichas obligaciones, ya como contribuciones especiales, contribuciones parafiscales, impuestos con afectación específica, o como pertenecientes a una categoría híbrida, según que el llamado a afrontar la carga sea el empleador, el subordinado, el trabajador independiente —como el profesional—, o incluso un tercero, en la medida en que exista algún tipo de relación justificante, por lo que, en todos los casos, debe darse, necesariamente, satisfacción al principio de *reserva de ley* que rige en esta rama del Derecho (v. mi libro *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria,* 1ª reimpresión de la 1ª edición, capítulo VI: "Los distintos tipos de tributos y la reserva de ley en la Constitución Argentina", parágrafo 8: "Reserva de ley y las contribuciones y aportes a la seguridad social", pp. 534 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005).

Dentro de la *doctrina tributaria latinoamericana,* un punto de referencia obligado sobre la naturaleza jurídica de las contribuciones de seguridad social es el que brindara el profesor *Ramón Valdés Costa,* para quien: "Frente a la heterogeneidad del derecho comparado y la diversidad de posiciones doctrinales, aparece como una solución preferible la de considerar las contribuciones de seguridad social como una prestación obligatoria, sujeta al principio de legalidad, a cargo de los integrantes del grupo beneficiado, cuyo destino exclusivo es la financiación del servicio. // Por las razones anteriormente expuestas entendemos, en contra de la doctrina española, que estas contribuciones tienen características particulares que las diferencian de los impuestos y de las tasas y también, con mayor razón aún, de los ingresos que algunas legislaciones, como la francesa, incluyen dentro del concepto de 'parafiscalidad', tan impreciso y contrario al principio de legalidad. // Por sus elementos constitutivos, beneficio y destino, deben ser consideradas como una clase, dentro de la especie contribuciones especiales, sin perjuicio de reconocer que estos elementos aparecen desdibujados en las contribuciones patronales, por lo que éstas podrían ser consideradas como impuestos especiales. // Cabe también la posibilidad de que se las considerara como una cuarta especie tributaria, como ocurre en el derecho brasileño, solución que a nuestro juicio no tiene un justificativo aceptable. // Las prestaciones destinadas a los organismos estatales de seguridad social efectuadas por los componentes de los grupos beneficiados con su funcionamiento, presentan, indiscutiblemente, las notas características de la especie tributaria que llamamos 'contribuciones especiales'; las efectuadas a organismos no estatales, no son tributos, diferenciándose netamente por la circunstancia de que éstos constituyen ingresos que pertenecen exclusivamente al Estado. Pero esta diferencia no

interfiere con las reglas generales aplicables a los tributos, especialmente el principio de legalidad" (conf. *Curso de derecho tributario - Nueva versión*, capítulo VI: "La contribución especial", punto 15: "Consideraciones doctrinales", pp. 211 y ss., en particular p. 212, Depalma-Temis-Marcial Pons, Santa Fe de Bogotá, 1996).

De todos modos, quede expresada mi discrepancia con el insigne jurista uruguayo respecto de su afirmación de que la contribución de seguridad social pierde su naturaleza tributaria de ser percibida por un sujeto no estatal ya que, según lo creo, en dicho caso no se altera la naturaleza por cuanto sigue teniendo su fuente en la ley y su fin también apunta a satisfacer un interés público, resultando irrelevante en cabeza de quien se coloque la competencia tributaria para percibir el crédito y ejercitar, a tal efecto, no ya la potestad normativa, sino, tan sólo, la aplicativa.

2.2. Las contribuciones y aportes a la seguridad social en el Modelo de Código Tributario para América Latina

El *Modelo de Código Tributario para América Latina,* del Programa Conjunto de la Organización de Estados Americanos y del Banco Interamericano de Desarrollo, *del año 1967,* que tuviera como autores a Carlos M. Giuliani Fonrouge (Argentina), Rubens Gomes de Sousa (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay), al incluir las *contribuciones de seguridad social* entre la *especie tributaria* de las *contribuciones especiales,* definió las mismas en los siguientes términos: *Art. 17. ...La contribución de seguridad social es la prestación a cargo de patronos y trabajadores integrantes de los grupos beneficiados, destinada a la financiación del servicio de previsión* (conf. Reforma Tributaria para América Latina: *Modelo de Código Tributario para América Latina*, 1ª edición, p. 23, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1967).

Por su parte en la "Exposición de Motivos: Análisis del articulado", se señaló al respecto: "Las contribuciones de seguridad social reúnen indudablemente los caracteres propios de los tributos, pero presentan particularidades que las diferencian de los impuestos. A juicio de la Comisión, desde el punto de vista conceptual, deben incluirse dentro de la categoría de contribuciones especiales, sin desconocer la posibilidad teórica de constituir con estas contribuciones una cuarta categoría de tributos" (conf. ob. cit., p. 22).

2.3. Las contribuciones y aportes a la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido en viejos pronunciamientos que "las normas que instituyeron el salario familiar...,

no guardan relación alguna de fundamento con los poderes impositivos o expropiatorios del Estado" (*in re*: "José Eduardo Roldán v. Antonio Borrás", *Fallos*, 250:46, sentencia del 16/6/1961), o que existen "ciertas 'cargas' legales que no son impuestos, especialmente referibles a regímenes legales que imponen esas cargas con un claro sentido social" (*in re*: "Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria v. Talleres Metalúrgicos Aicardo Urbe", *Fallos*, 267:313, sentencia del 17/4/1967); que "la contribución exigida por el art. 5º del dec. ley 7914/57 es una carga de orden social y no tiene carácter impositivo" y "debe abonarse sobre el total de las remuneraciones del personal sujetas a aportes y contribuciones jubilatorias, aunque ese personal no tenga derecho a percibir salario familiar" (*in re*: "S.A. Ingenio La Esperanza v. Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria", *Fallos,* 273:247, sentencia del 16/4/1969), o que el sistema de la ley 21.235 no ha sido sustituido por el de la ley 21.281, ya que esta última ha tendido a "unificar las normas sobre actualización de los créditos tributarios, carácter que no tienen las deudas... que se originan en contribuciones y aportes previsionales" (causa: "Dirección Nacional de Recaudación Previsional v. Isidoro Gazzola e Hijos", *Fallos*, 300:527*,* sentencia del 16/3/1978). Sin embargo, la doctrina de los apuntados pronunciamientos no importa un desconocimiento liso y llano de la esencia tributaria de las referidas exacciones, ya que implica, por un lado, diferenciarlas claramente de los impuestos —aspecto en el cual parcialmente coincidimos— y, por otro, sostener que a su respecto, durante la vigencia del régimen de indexación legal de las obligaciones tributarias en mora, el pago fuera de término suscitaba las consecuencias derivadas de las regulaciones legales específicas en materia de aportes y contribuciones de la seguridad social.

Un pronunciamiento del Alto Tribunal que ofrece particular interés es el recaído en la causa: "Urquía Peretti S.A. v. Dirección General Impositiva", *Fallos,* 322:2189, sentencia del 16/9/1999, con decisión dividida. La controversia se centraba en la procedencia de la compensación de saldos de libre disponibilidad emergentes de declaraciones juradas en el Impuesto al Valor Agregado, contra aportes y contribuciones correspondientes al régimen de la seguridad social y de obras sociales. El pronunciamiento rechazó tal posibilidad, si bien es menester formular las matizaciones que siguen. Del voto de la mayoría —suscripto por los Ministros doctores Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Gustavo A. Bossert, Guillermo F. López y Adolfo Roberto Vázquez— es oportuno transcribir, por ofrecer interés en relación al tema en tratamiento, el considerando 13º, donde puede leerse: "Que, en primer lugar, cabe dejar establecido que el caso *'*Tacconi' *(Fallos,* 312:1239) no permite ex-

traer conclusiones válidas para decidir la controversia suscitada en el *sub examine*. En efecto, en aquella causa, tras determinarse que los saldos a favor del contribuyente emergentes de los anticipos mensuales del IVA —que regían entonces— tenían el carácter de 'libre disponibilidad', se concluyó en que eran susceptibles de ser compensados con una deuda que el mismo responsable tenía en otro impuesto, pues así lo autorizaban las normas reglamentarias vigentes. En cambio, en el *sub examine*, no se trata de compensar saldos acreedores y deudores de distintos impuestos, sino el saldo favorable al contribuyente en un impuesto con deudas mantenidas con el régimen de seguridad social, a cuyo respecto —como ha sido señalado— no son admisibles, en principio, las compensaciones fuera del mismo sistema ni disposiciones reglamentarias como las que en el caso 'Tacconi' dieron sustento a la procedencia de la compensación objeto de aquel pleito".

En sentido opuesto, tal como surge de los considerandos pertinentes que transcribiré a continuación, el voto de la minoría —suscripto por los Ministros doctores Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano—, en su disidencia, consignó: "*11)* Que, esta Corte se ha expedido sobre un supuesto de compensación en materia fiscal en la causa registrada en *Fallos,* 312:1241, en la que sostuvo que 'la compensación como modo de extinción de las obligaciones tributarias, puede practicarse de oficio por el organismo fiscal o bien a requerimiento del contribuyente...' // *12)* Que la circunstancia de que en el caso, a diferencia de aquel precedente, se trate de un saldo favorable al contribuyente en un impuesto con deudas mantenidas con el régimen de seguridad social, no resulta óbice para la aplicación de aquella doctrina. En efecto, si mediante la resol. gral. 3795/94, de acuerdo con las finalidades del dec. 507/93 y el reenvío al art. 34 de la ley 11.683, el ente recaudador tiene la potestad de compensar de oficio deudas derivadas de tal régimen con créditos fiscales, no se advierte porqué a estos últimos se les veda la posibilidad de solicitar al Fisco la compensación como medio de extinción de sus obligaciones relacionadas con las deudas previsionales. Por otra parte, de no haberse entendido que se estaba frente a sumas homogéneas, no tendría razón de ser la autofacultad que se atribuyó la DGI para efectuar la compensación de oficio de las acreencias de los contribuyentes por cualquier concepto, con las deudas líquidas y exigibles de la seguridad social ... // *15)* Que, por último, cabe poner de relieve que las consideraciones expuestas en los considerandos que anteceden sólo son aplicables con respecto a la contribución a cargo de los empleadores, prevista en el inc. b) del art. 10 de la ley 24.241. En efecto, en lo relativo al aporte personal de los trabajadores en relación de dependencia —inc. a del citado artículo— debe advertirse

que el empleador asume el carácter de 'agente de retención' (conf. último párrafo del art. 11). Como tal, descuenta de las remuneraciones el importe correspondiente a ese aporte personal, con la obligación de depositarlo en el sistema (art. 12, inc. c), sin que resulte admisible que el cumplimiento efectivo de tal obligación —en el que están involucrados intereses de terceros— quede supeditado a una eventual compensación con saldos impositivos. Del mismo modo, resulta evidente que la compensación no procede con relación a los recursos destinados a las obras sociales, pues ello importaría —como en el supuesto precedentemente examinado— detraer recursos de terceros, que no pueden resultar afectados por la circunstancia de que la empresa pueda ser titular de determinados créditos fiscales".

De la sentencia parcialmente transcripta puede extraerse como conclusión de interés que, al menos para tres ministros del Alto Tribunal, las contribuciones a cargo de los empleadores en favor del sistema de seguridad social revisten naturaleza tributaria, por lo que, en razón de su homogeneidad con el Impuesto al Valor Agregado, habilitaron la compensación entre aquellas y éste, como medio extintivo de las obligaciones.

2.4. Naturaleza de las cotizaciones a CASSABA

Tengo para mí que los aportes y contribuciones a favor de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revisten naturaleza tributaria por cuanto, aunque tales cotizaciones se efectúen a favor de un ente no estatal, el ejercicio de la potestad tributaria normativa fue desplegado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al sancionar la ley 1181 de creación del sistema, revistando la Caja como persona jurídica de derecho público no estatal con autonomía económica y financiera, lo que se ve también confirmado al establecerse con rango legal, sus recursos por el Título III: "Del financiamiento", donde se enumeran los aportes, contribuciones y otros recursos financieros de la entidad.

Es que en la medida en que se haga uso de la potestad exclusiva del poder público a través de la rama legislativa, ejercitando el poder tributario, las prestaciones públicas creadas por la ley pueden quedar en cabeza de otro sujeto titular de la competencia tributaria para la percepción del crédito —en este caso un ente público bajo el control público— más allá de que sea ajeno a la organización burocrática del aparato estatal, todo ello en mérito de una asignación transestructural de los cometidos públicos en quien tiene como fin hacer efectivo el Sistema de Seguridad Social instituido por la ley a favor de los abogados comprendidos dentro del régimen.

Lo expuesto resulta manifiesto en cuanto se compruebe que los distintos aportes y contribuciones definidos como recursos de la Caja en los

incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 9º del art. 62 de la ley de creación del sistema, reúnen todos los elementos que hacen a la caracterización jurídica del tributo. Esto es, conforman: *a)* prestaciones públicas obligatorias; *b)* en dinero —en la actualidad y como consecuencia del desarrollo de una economía monetaria son escasos los gravámenes en especie—; *c)* exigidas por el Estado local a través de su Legislatura en ejercicio de su poder de autoridad; *d)* tienen por tanto como fuente la ley formal; *e)* no constituyen sanción por acto ilícito —dicho esto para diferenciar el instituto de las multas—; *f)* atiende al principio de capacidad contributiva de los obligados —que si bien se resalta como rasgo sobresaliente en los impuestos, se convierte en un común denominador de todas las especies tributarias como fundamento, base de medida, y límite al deber de concurrir al levantamiento de las cargas públicas—, y *g)* tienen por fin generar recursos para satisfacer las prestaciones y beneficios —de interés público— puestas a cargo de CASSABA.

Sin perjuicio de revestir en la categoría de las contribuciones parafiscales, el denominado "aporte" en el inc. 1º —*Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que perciban los afiliados*— y el AMAO del inc. 9º —*Las sumas de dinero que deba ingresar el afiliado para completar el aporte mínimo anual obligatorio*—; y en la categoría de impuestos con afectación específica a cargo de terceros con una relación jurídica vinculante en el carácter de justiciables, los pagos contemplados en: el consignado en el inc. 2º —*Una contribución, a cargo del obligado al pago de los honorarios regulados judicialmente, equivalente al medio por ciento (0,5 %) de los mismos, en juicios voluntarios y del uno por ciento (1 %) en juicios contradictorios*—, y el inc. 3º —*Una contribución, a cargo del obligado al pago de la Tasa de Justicia en las actuaciones judiciales, equivalente al tres por ciento (3 %) de su monto, la que debe ingresarse juntamente con ésta*—, todos estos ingresos coactivos resultan manifiestamente reconducibles a la noción de tributo.

Lo antedicho sirve para distinguir, más allá de su naturaleza jurídica común, las contribuciones parafiscales previstas que se asientan en la noción de beneficio, ya sea directo —de quienes habrán de obtener las prestaciones de la Caja— o indirecto —de aquellos otros que podrán alcanzar reconocimientos de servicios o mejoramiento del haber de retiro sobre la base del Convenio de Reciprocidad Previsional—. Distinto es el caso de los terceros justiciables alcanzados por la obligación de tributar, totalmente desvinculada de la obtención de ventaja particularizada alguna, ya sea ésta directa o indirecta.

3. La pretendida reglamentación de la ley 1181, a partir de la resol. 004-A/05 de CASSABA

Según el recurrente, la *reglamentación* dictada por la Asamblea de CASSABA modifica *(amplía)* el ámbito personal del presupuesto de hecho definido a nivel legal, extendiendo la aplicación del régimen a sujetos expresamente exceptuados. Afirma, en tal sentido, que la Asamblea carecía de atribuciones para dictar la resol. 004/A/05, por la cual se reglamentó el art. 5º de la ley 1181, afectando el *principio de reserva de ley tributaria*, al extender el ámbito de aplicación de la contribución especial a sujetos expresamente excluidos.

En mi concepto, si se hubiera alterado el campo de acción del tributo por vía reglamentaria, tanto en el caso en que la norma subalterna hubiera sido dictada por el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como en el supuesto en que tuviese por origen una resolución de la Asamblea de la Caja de Seguridad Social para Abogados, tal extensión hubiera sido palmariamente nula por contravenir el *principio de reserva de ley tributaria*, ya que bajo circunstancia alguna pueden avasallarse las competencias constitucionales de la Legislatura o, ésta, abdicar de la potestad tributaria normativa que le pertenece con carácter exclusivo y excluyente, aspecto enfatizado en la Carta Magna local cuando en el párrafo primero de su art. 51 se consagra: *No hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura. La ley debe precisar la medida de la obligación tributaria.*

3.1. Los límites a la acción reglamentaria en materia tributaria sustantiva

En armonía con la anterior línea de pensamiento, se ha expresado el *catedrático de la Universidad de Barcelona doctor José Juan Ferreiro Lapatza* al criticar, en términos enfáticos, los reglamentos en materia tributaria sustantiva, señalando: "Hemos dicho muchas veces que, respecto a los elementos esenciales del tributo ya regulados por la ley, el mejor reglamento es el que no existe. Pues respecto a ello, y salvo llamada expresa de la propia norma legal, el reglamento nada puede decir, nada debe aclarar, precisar o interpretar, pues ya es sabido que toda interpretación llevada a cabo a través de una norma reglamentaria encierra una cierta voluntad innovadora. La norma reglamentaria que regula sin haber sido llamada por ella la norma legal que delimita, por ejemplo, el hecho imponible de un tributo o bien es inútil porque se limita a repetir el texto de la ley o bien es nula por decir algo distinto a lo que la ley ha dicho" (conf.: *Curso de derecho financiero español*, 19ª ed., capítulo II: "Las fuentes del Derecho Financiero. La Constitución y los principios constitucionales", parágrafo II: "Los principios constitucionales del Derecho Financiero", letra "A": "El principio de legalidad", punto 2: "Los tributos:

el principio de legalidad tributaria", apartado "c": "El principio de legalidad tributaria y las relaciones ley-reglamento", pp. 48 y ss., en particular p. 50, Marcial Pons, Ediciones, Madrid, 1997). Opinión ésta que he hecho mía y he volcado en diversos votos, como los emitidos en las causas: "Asociación de Receptorías de Publicidad (A.R.P.) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 329/00, sentencia del 6/11/2000 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 260 y ss.); "Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados s/recurso de apelación ordinario" en "Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados c/GCBA —Dirección General de Rentas— resol. 3087-DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR", expte. nº 1150/01, sentencia del 13/2/2002 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 18 y ss.); "Estudio Beccar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliarios) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", exptes. nº 1644/02 y nº 1639/02 (por cuerda), sentencia del 16/10/2002 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 489 y ss.) y "Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja", expte. nº 893/01, sentencia del 3/8/2005.

Adscribo a una posición estricta que ciñe la *potestad tributaria normativa al órgano legislativo, depositario de la voluntad general* en nuestra República, y que concreta en términos prácticos el principio de autoimposición —en donde el pueblo, a través de sus representantes, se tributa a sí mismo—, superando el estadio histórico multisecular del consentimiento a los pedidos financieros reales tratados en las Cortes, los Parlamentos o los Estados Generales y que, por ende, descarta la posibilidad de que los restantes poderes públicos puedan instituir prestaciones patrimoniales coactivas, lo que con mayor claridad resulta manifiesto respecto de otras instancias competenciales estatales e, incluso, entes públicos no estatales como la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo cual la resol. 004-A/05 nada pudo añadir en el campo de las obligaciones previsionales instituidas a favor del Sistema.

3.2. La resol. 004-A/05 de CASSABA no amplía el campo imposicional con una extensión subjetiva de los obligados a atender los aportes y contribuciones

Anticipo mi postura en el sentido de que *la ley 1181 brinda respaldo legal suficiente para sellar la suerte desfavorable del actor* en esta causa,

por cuanto, a tenor de la misma (v. arts. 62 y ss., en particular art. 67, inc. 2º), como lo ampliaré más adelante, no están exceptuados de todas las obligaciones contributivas con el sistema los afiliados a otras Cajas Previsionales para Abogados salvo en lo que respecta al AMAO (Aporte Mínimo Anual Obligatorio).

Así las cosas, fundamentaré el criterio que sustento en los puntos siguientes de este voto sin ocuparme, por resultar palmariamente insustancial, del planteo relativo a la incompetencia de CASSABA para dictar la resolución que se pretende poner en crisis ya que, por un lado, mal podrían crearse aportes o contribuciones previsionales por un reglamento, aunque suscripto por el titular del Poder Ejecutivo en ejercicio de las atribuciones que le asignan los arts. 102 y 104 de la CCBA, puesto que, incluso en este supuesto, se infringiría el *principio de reserva de ley tributaria* que rige la sanción de normas que instituyen prestaciones públicas de tal índole; y, por el otro, ya que la reivindicación de las competencias constitucionales del Jefe de Gobierno por el amparista importa agitar agravios de terceros, inhábiles para sustentar la acción de amparo e inatingentes al objeto procesal de esta causa. Por último, y a mayor abundamiento, tomando en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad es una medida de extrema gravedad institucional que constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, bien puede colegirse, a todo evento, que la pretendida reglamentación del art. 5º de la ley por la Caja, mediante la resol. 004/A/05 de la Asamblea no va más allá de una norma aplicativa de alcance general cuyo propósito no es otro que difundir los diversos preceptos legales implicados (conf. art. 120, inc. 1º de la ley 1181, que le atribuye competencia para *dictar las disposiciones y resoluciones conforme a los fines y objetivos que inspiran a la presente ley*), en tanto, encontrándose fuera de discusión que CASSABA es la autoridad encargada para poner en funcionamiento su ley de creación y recaudar los recursos de financiación del Sistema, en ejercicio de tales facultades, ineludiblemente, debe realizar una interpretación previa de las normas a aplicar, tal como debe hacerlo cualquier sujeto que opere bajo el imperio de una norma jurídica dada, afianzando por tal medio la seguridad jurídica y conjurando lecturas dispares, con lo cual no se ha hecho más que reproducir las obligaciones explícitamente instituidas en el plexo legal, en la medida en que se lo lea en su conjunto y sin practicarle amputaciones que hagan peligrar su sistémica congruencia.

Valga añadir que el actor no puede expresar agravio alguno válido basado en la pretendida incompetencia de la Asamblea de CASSABA para dictar la resol. 004-A/05, por cuanto, tratándose de la autoridad que en definitiva aplicará la norma, todo lo que resulta de dicho dispositivo es un

preanuncio del criterio que seguirá al recaudar las contribuciones y aportes que, en la medida que en se sustentan en la ley 1181, no podrá ser resistido con base constitucional por el amparista. Así, lo que cabe determinar aquí, como lo han destacado los jueces Balbín y Corti en sus fundados votos que ilustran la sentencia de Cámara, es definir si el ejercicio de la pretensión con tal alcance por la Caja Profesional es ilegal por desviarse del texto de la ley de creación de las obligaciones previsionales.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que es regla que en la interpretación de las leyes debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos, debiendo preferirse en su hermenéutica la inteligencia que favorece y no la que dificulta aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas, evitando que el excesivo rigor de los razonamientos desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción. Ello así, ya que las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante, más aún tratándose de un régimen que se asienta en la obligatoriedad, generalidad y hermeticidad, tomando en cuenta el orden público subyacente en todo Sistema de Seguridad Social —como el que crea la Caja Previsional para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y los principios que lo inspiran, tanto el contributivo, como los de solidaridad y redistribución entre el universo de los abogados que se encuentran legalmente habilitados para ejercer la profesión al estar matriculados en el Colegio Público de la Capital Federal y que, a partir de dicho prerrequisito, perciben honorarios devengados por su actuación profesional en esta jurisdicción.

Es que, por lo demás, en materia de seguridad social la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido un criterio interpretativo que se ha consolidado por su continuo seguimiento en reiterados pronunciamientos hasta erigirse en un principio cardinal a partir del cual, en la inteligencia de las normas de esta materia, el puro rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que las inspiran —otorgamiento de beneficios y obtención de los recursos para hacer ello posible—, por lo que el resultado a que se arribe en cada caso debe conciliarse con las metas que constituyen el norte del Sistema.

Tampoco puede perderse de vista que si bien las *exenciones impositivas* pueden resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las disposiciones que las establezcan, fuera de esos casos, corresponde la *interpretación estricta de las cláusulas respectivas*, por cuanto en materia de dispensas tributarias ha de tenerse en cuenta, cuidadosamente, el contexto general de las leyes

y los fines que las informan, con subordinación a la primera regla de interpretación de las normas, que es la de dar pleno efecto a la intención del legislador (*Fallos,* 314:1842).

Asimismo, el Tribunal cimero ha dicho en repetidas oportunidades que el alcance de las leyes tributarias debe determinarse computando la totalidad de los preceptos para que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo a las reglas de una razonable y discreta interpretación (*Fallos,* 314:258, 745; 315:929, 942, 1284; 316:2499 y 318:1782).

Por su parte, en un antiguo fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió que en razón de estarse en presencia de un *sistema politributario*, como ocurre en este caso a través de la conjunción de diversos aportes y contribuciones que conforman el régimen de recursos de CASSABA, la inteligencia de las leyes que lo constituyen deben tender al equilibrio y perfección del mismo, evitando las interpretaciones aisladas y propendiendo a ponderar el plexo tributario como un conjunto armónico donde cada gravamen sea examinado y juzgado no solamente en sí mismo, sino en relación a los otros tributos que integran el conjunto impositivo. Así entonces, la interpretación debe tender a que todas las contribuciones se armonicen y llenen el fin para el que han sido creadas —sin que las exenciones respecto de unas puedan servir para que otras dejen de percibirse sobre su objeto o materia imponible especial—, permitiendo, de tal modo, que se satisfagan las necesidades públicas a que se las ha destinado (*Fallos,* 184:5).

3.3. La ley 1181

Desde ya, adelanto que participo del criterio expuesto por mi colega, la doctora Ana María Conde, a cuyo voto adhiero cuando sostiene que a partir de una interpretación armónica y de conjunto de *la ley 1181* (de creación del Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), es posible afirmar que el legislador *ha atribuido a CASSABA la potestad tributaria aplicativa que la amparista pretende enervar.* A lo que agrego que *tal plexo normativo es autosuficiente para reclamar las prestaciones públicas con el mismo alcance que podría inferirse de la pretendida resolución reglamentaria de la Asamblea de CASSABA 004/A/05.*

Ello es así por cuanto la exceptuación contenida en el art. 5º de la ley de creación de la Caja no puede ser interpretada aisladamente de la excepción prevista en el inc. 2º del art. 67, en tanto, de no ser así, la segunda sería sobreabundante por innecesaria, lo que obliga a colegir, a partir de una interpretación integradora y armónica, que la exoneración alcanza exclusivamente al pago del Aporte Mínimo Anual Obligatorio (AMAO), pues, de otra manera, las actuaciones profesionales de los abogados

inscriptos en otras Cajas Previsionales les permitiría transitar, más allá de devengar y percibir honorarios ante los estrados y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como furtivos sujetos inmunes, afectando la regla de igualdad ante las cargas públicas.

Por lo demás, el argumento en virtud del cual no pueden existir pagos a cuenta de obligaciones previsionales inexistentes —la integración del Aporte Mínimo Anual Obligatorio (AMAO)— se desvanece en cuanto atendiendo a su verdadera matriz técnica concibamos los pagos sobre honorarios, como el derecho fijo que se ingresa con motivo de la iniciación de todo proceso, confiriendo tan sólo un crédito fiscal computable al momento de integrar el aporte mínimo anual. Más aún cuando dichos ingresos generan un beneficio indirecto que hace a la caracterización de la categoría tributaria de que se trata —contribución especial parafiscal— al menos indirecto a los fines del cómputo del servicio o mejora del haber de retiro por la Caja que otorgue, en definitiva, la cobertura previsional de retiro.

La ley 1181 en su capítulo II: "Ámbito de aplicación" extiende la sujeción pasiva como cotizantes del régimen a todos los letrados que enuncia, más allá de que no sean destinatarios directos de las prestaciones y beneficios que brinda. Así, se estatuye:

> *Art. 5º.* Obligatoriedad — Quedan obligatoriamente comprendidos en este Sistema los abogados que se encuentren legalmente habilitados para ejercer la profesión y matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y los procuradores que se encuentren legalmente habilitados para ejercer como tales y matriculados para actuar ante los Tribunales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. // Están exceptuados quienes se encuentren obligatoriamente afiliados a otra Caja Profesional para Abogados, en tanto continúen cotizando a dicho régimen y manifiesten fehacientemente la voluntad de acogerse a esta excepción dentro de los noventa (90) días del comienzo de la obligatoriedad de esta ley o de la iniciación de su actividad para los profesionales recientemente recibidos. *La acreditación de los extremos requeridos debe ser establecida por la reglamentación* (el destacado ha sido añadido).

La exceptuación de los abogados que se encuentren obligatoriamente afiliados a otra Caja Profesional está condicionada por el artículo referido a la manifestación fehaciente de la voluntad de acogerse a dicha excepción pero, *necesariamente* el alcance y extensión de la misma viene establecida por otras prescripciones legales contenidas en el título III de

la ley relativo al financiamiento y, en especial, en su capítulo I: "De los aportes, contribuciones y otros recursos financieros".

En lo tocante a recursos de la Caja los mismos se encuentran previstos en el art. 62, por el cual, en su parte pertinente se enumeran de la siguiente forma:

1) Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que perciban los afiliados.

2) Una contribución, a cargo del obligado al pago de los honorarios regulados judicialmente, equivalente al medio por ciento (0,5 %) de los mismos, en juicios voluntarios y del uno por ciento (1 %) en juicios contradictorios.

3) Una contribución, a cargo del obligado al pago de la Tasa de Justicia en las actuaciones judiciales, equivalente al tres por ciento (3 %) de su monto, la que debe ingresarse juntamente con ésta.

4) El Derecho Fijo establecido en el art. 72.

5) El aporte de los beneficiarios que se encuentren percibiendo una jubilación por invalidez y optaren por seguir cotizando.

6) Los intereses, réditos y ganancias originados en el uso productivo o inversión de sus bienes.

7) Los intereses, multas y recargos en los supuestos previstos en esta ley, su reglamentación y disposiciones de la Asamblea.

8) Las donaciones, legados y subsidios que pudiera recibir de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

9) Las sumas de dinero que deba ingresar el afiliado para completar el aporte mínimo anual obligatorio.

10) Las sumas de dinero que ingresen voluntariamente los afiliados para completar el aporte mínimo correspondiente a una Categoría superior.

11) Cualquier otro recurso cuyo destino sea el cumplimiento de los objetivos de esta Caja (el destacado no obra en el texto original).

12) Siguiendo con la regulación relativa al financiamiento del Sistema, el *art. 64* de la ley establece las e*xcepciones al pago de aportes y contribuciones* en los siguientes términos: "Quedan exceptuados del pago de aportes y contribuciones a esta Caja los honorarios devengados y percibidos por los afiliados por actividades académicas, docentes o de investigación científica, las colaboraciones periodísticas y las publicaciones doctrinarias.// Están exceptuados del pago de las contribuciones consignadas en el art. 62, incs. 2º y 3º los trabajadores activos y cesados en los procedimientos judiciales o administrativos de carácter laboral o de la seguridad social. Asimismo, según el art. 65 (l)os aportes y

contribuciones ingresados a la Caja de conformidad con lo previsto en los incs. 1º, 2º, 4º y 5º del art. 62 son anticipos del aporte anual del afiliado que los devengó y corresponden al ejercicio anual en que fueron ingresados" y el denominado "*Aporte mínimo anual obligatorio" (AMAO) es aquel* correspondiente a la Categoría I definida en el art. 70. En el caso en que los anticipos a que se refiere el artículo anterior no alcancen a cubrir el monto correspondiente a este aporte, el afiliado debe ingresar la diferencia, en los plazos y condiciones que establezca la reglamentación (*art. 66*).

A continuación, en el *art. 67* se establecen las e*xcepciones al pago del Aporte Mínimo Anual Obligatorio* —AMAO—, consignando que no están obligados a cubrirlo aquellos:

1) *Que ejerzan su profesión exclusivamente en relación de dependencia, sea en el ámbito público o privado.*
2) *Que se encuentren afiliados a otras Cajas de abogados con las que se hayan celebrado los convenios previstos en el inc. 9º del art. 120 y lo cubrieran en ellas, siempre que estuvieran al día con la totalidad de los aportes obligatorios en tales Cajas.*
3) *Que se incapaciten para el ejercicio profesional, siempre que la incapacidad se prolongue por noventa (90) días corridos o más dentro del ejercicio anual correspondiente, y se encuentren al día con las obligaciones con la Caja, previa acreditación de la incapacidad en la forma que determine la reglamentación.*
4) *Que fueran beneficiarios de prestaciones previsionales otorgadas por otros regímenes; o*
5) *Cuyo título tenga una antigüedad menor a dos (2) años, a contar de la fecha de su expedición* (el destacado me pertenece).

Teniendo en cuenta los preceptos enunciados a partir de una interpretación sistémica e integradora del art. 5º, segundo párrafo, de la ley 1181, con el art. 67, inciso segundo, de igual plexo normativo, es posible sostener sin vacilaciones que para dar andamiento al Sistema de Seguridad Social para Abogados en la jurisdicción local y a los principios inspiradores de obligatoriedad, generalidad y hermeticidad, la única dispensa legalmente instituida es la de integrar por parte de los afiliados obligatorios de otra caja previsional para abogados, las diferencias que pudieran corresponder entre los pagos realizados durante el ejercicio y el aporte mínimo anual obligatorio (AMAO).

Otra interpretación resultaría desnaturalizante del régimen, privaría a la ley de consistencia sistémica e importaría presumir la inconsecuencia del legislador, entendiendo que las exoneraciones juegan con distinto alcance cuando a ellas se alude en los arts. 5º y 67 de un mismo plexo legal.

Por otra parte, no es una argumentación válida para sostener una interpretación diferente que el aporte del 5 % de todo honorario de origen profesional que perciben los afiliados futuros beneficiarios de otras Cajas carezca por completo de un eventual beneficio —rasgo identificador de las contribuciones parafiscales especiales— medido, claro está, haciéndome cargo de que la institución de cualquier sistema previsional actúa respondiendo a un principio de solidaridad intergeneracional —los cotizantes aportan hoy para atender las prestaciones derivadas de los beneficios actuales, igual que lo harán los cotizantes futuros para posibilitar el pago de los beneficiarios del mañana—, en la medida en que los aportes efectuados serán computados al momento de determinarse la antigüedad —siempre que se trate de servicios profesionales no simultáneos— y acrecentarán su futuro haber de retiro en los términos del *Convenio de Reciprocidad* con la Nación (a que se alude en la disposición transitoria novena de la ley y que convierte en operativa, en este ámbito, la *resol. 363-SSSS/1981).*

Remito aquí, nuevamente, a los sólidos fundamentos brindados por la señora jueza de trámite doctora Ana María Conde en el punto 2, apartados e) y f) de su voto, donde se efectúa un minucioso y prolijo relevamiento de las partes que suscribieron el 29/12/1980 el *Convenio de Reciprocidad*, dentro de las cuales figura la *Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires* a la que se encuentra afiliado el amparista.

Por lo demás, y atento a la disposición de la que se ha hecho mérito contenida en la cláusula transitoria novena de la ley 1181, que supeditaba la entrada en vigencia del régimen a la firma del *Convenio de Reciprocidad con la Nación, la efectiva inclusión de CASSABA en el Sistema* ocurrió a resultas de la *resolución de fecha 12/12/2003, 19-SS/2003, de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación.*

Corresponde añadir en este sentido que CASSABA no es un fenómeno de cobertura previsional aislado sino que forma parte del Sistema Único de Seguridad Social, por lo que cualquier amputación que haga peligrar su sistémica congruencia, afecta su sustentabilidad financiera.

3.4. La pretendida reglamentación del art. 5º de la ley 1181

El precepto pretendidamente reglamentario que se intenta poner en crisis expresa:

> *"Art. 5º:* Están obligatoriamente comprendidos en el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los abogados matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) y los procuradores inscriptos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), y se denominan 'afiliados a La Caja'.

Dicha condición se pierde:

a) Por la suspensión en la matrícula.

b) Por la denuncia por incompatibilidad total.

c) Por la inhabilitación total.

d) Por la cancelación de la matrícula.

e) Por el fallecimiento o declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

f) Por cualquier otra causal que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) o la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) determinen conforme a su normativa y que implique la finalización de la matriculación o de la inscripción.

g) Por ser beneficiario de las prestaciones del art. 7º, incs. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la ley 1181.

El ejercicio de la opción prevista en el segundo párrafo del art. 5º importa la excepción a la obligación de cubrir el AMAO y la pérdida del derecho a acceder a las prestaciones previstas en el art. 7º (el destacado ha sido agregado).

Para ejercer la opción autorizada por el segundo párrafo del art. 5º de la ley 1181, el afiliado a otra caja profesional para abogados debe acreditar que continúa cotizando a la misma, mediante certificación expedida por esa caja. Los afiliados que hayan ejercido la opción deberán acreditar anualmente, en las condiciones que el Directorio determine, encontrarse al día con la totalidad de los aportes obligatorios a la caja profesional que declararon al ejercer la opción (...).

Los afiliados que hayan ejercido la opción prevista en el segundo párrafo del art. 5º de la ley 1181 están obligados a cumplir con los aportes establecidos en el art. 62 incs. 1º y 4º de la ley 1181. Cuando estos afiliados cumplan con el AMAO podrán ejercer los derechos contemplados en el Título V de la ley 1181" (el destacado ha sido añadido).

Como se viera, el alcance de este precepto, lejos se encuentra de desnaturalizar o contrariar el sistema de aportes y contribuciones plasmado en la ley 1181 y el tratamiento de su presunta ilegalidad conduce al abordaje de una cuestión manifiesta y palmariamente insustancial en esta causa, pues importa, en su sustancia, una reproducción ordenada y didáctica de las directivas contenidas en el plexo legal.

4. "Pluralidad" o "multiplicidad" no equivale a "superposición" de aportes (y esto último es lo que violentaría el art. 14 bis de la C.N.).

El régimen de reciprocidad previsional se basa en el principio de la solidaridad. En el caso, se puede descartar la "superposición de aportes"

porque pluralidad o multiplicidad no equivale a superposición y esto último es lo único que está vedado por el 14 bis de la C.N.

Sobre el particular la decisión estelar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene constituida por el pronunciamiento recaído en la causa: "Alberto Antonio Spota" (*Fallos*, 300:836), sentencia del 25/7/1978, donde se resaltó que no era inconstitucional el art. 11 del dec. 4714/71 en cuanto disponía que los beneficiarios titulares de obras sociales que se desempeñaban en más de una actividad comprendida en el ámbito de la ley 18.610 debían efectuar tantos aportes y contribuciones como remuneraciones percibían por actividad, por cuanto no existía superposición de aportes en el sentido de la prohibición que contiene el art. 14 bis de la Constitución, cuando por más de una actividad debe efectuarse más de una contribución, ya que por superposición en un mismo aportante debe entenderse no la misma persona física, sino la misma calidad, carácter o ámbito de desempeño en virtud de los cuales el aporte es debido, por cuanto la interdicción constitucional se encuentra referida sólo a la superposición, pero no a la multiplicidad de aportes.

En el fallo apuntado se agregó en el considerando 9º "que la materia de que aquí se trata y que forma parte de los derechos y garantías enunciado en el art. 14 bis de la C.N., rebasa los cuadros de la justicia conmutativa que regula, sobre la base de una igualdad estricta y aritmética, las prestaciones interindividuales, para insertarse en el marco y las pautas propios de la clásicamente llamada justicia social, cuya primera y fundamental exigencia radica en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquella. // En el marco de esta forma de justicia no puede hablarse con propiedad de contraprestación, porque el primordial y suficiente bien de que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente, sino un bien común, que es de todos porque es el del todo comunitario del que cada uno es parte integrante. // La contrapartida del deber del individuo de contribuir a la existencia y buen desarrollo del bien común de una comunidad no es necesariamente una determinada contraprestación en el sentido estricto, sino el logro mismo de ese bien sin el cual no puede subsistir ordenadamente la comunidad de que forma parte; y es obligación elemental de todo individuo contribuir al sostén de ésta y a la adecuada y fecunda convivencia de todos sus miembros posponiendo, en la medida de lo razonable, sus intereses particulares, so pena de empobrecer o hacer peligrar el bien común".

Para concluir, y en tanto participo de la afirmación sostenida en todos los tiempos desde los ámbitos profesionales del derecho de que sin abogados no hay justicia, en cuanto servidores de la misma, entiendo que

la consolidación de un régimen previsional local dignifica tan noble desempeño y, por carácter transitivo, dignifica también a la justicia.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Por fuera de los requisitos extrínsecos del recurso, estimo que el recurrente, con o sin razón sobre el fondo de la cuestión, ha planteado un verdadero caso constitucional. En efecto, el recurso interesa, según su propia articulación, en primer lugar, al poder de reglamentar las leyes que dicta el Parlamento (CCBA, 102); en segundo lugar, al principio de legalidad de las contribuciones y tributos (CCBA, 51, 80 inc. 2º, punto a) y, más allá de ello, al derecho individual de ejercer una industria, oficio o profesión lícitos. Por lo tanto, la Cámara ha acertado al conceder el recurso, sobre lo cual, según entiendo, huelgan mayores consideraciones. El núcleo del amparo versa acerca de la posibilidad de imponer ciertas contribuciones a los abogados por el ejercicio profesional ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, según la ley 1181 y su reglamentación por CASSABA (resol. 004/4/05). El amparista sostiene que la reglamentación no le corresponde a CASSABA sino al Poder Ejecutivo, y agrega que aún si se acepta la posibilidad de que CASSABA reglamente la ley, la forma concreta en que lo ha hecho excede el marco de los "pormenores y detalles" materia de reglamentación y contradice la ley citada. Por último, sostiene, todo ello representa una imposición ilegítima (C.N., 14, 14 bis y 17) para el ejercicio de la profesión del actor (abogado).

Por lo demás, el Tribunal ya ha expresado que la inconsecuencia constitucional de la reglamentación de una ley, de alcance general, *es* materia constitucional; incluso lo sostuvo en el marco de una acción de inconstitucionalidad de tipo abstracto, esto es, de aquéllas reguladas por el art. 113, inc. 2º de la CCBA (ver mi voto en el expte. nº 506/00, "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 28/6/2001, apartado I, puntos 1 a 3).

2. Debo reconocer que no existe queja del demandado sobre la vía utilizada por el actor para tramitar el litigio. Ello parecería obturar mi posibilidad de discrepar al respecto. Empero, como pretendo demostrarlo, la vía elegida no sólo es ilegítima e inidónea para resolver el conflicto suscitado en esta controversia, sino que, además, limita la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

En primer término, debo señalar que el examen de la demanda y el recurso parecían sugerir, antes bien, que se sometía a consideración del

TSJ una acción declarativa de certeza (regulada por el CCAyT, 277, y por el CPCCN, 322), en lugar de un amparo frente a la lesión manifiesta de las reglas constitucionales utilizadas por el recurso en contra de la sentencia de la Cámara. En efecto, bien que en un escenario hipotético, aquí se trata, a lo sumo, de una pretensión —eventualmente ejercida por el demandado— de establecer un crédito a su favor, cuyo deudor sería el amparista, cuestión para la cual, en el caso de ejercicio judicial de esa pretensión, basta la posibilidad de defensa concedida a los deudores cuando son demandados en esa calidad. Si ello no es así, y tan sólo se trata de una posibilidad futura —hoy abstracta— de ejercicio de esa pretensión por parte del demandado, la cuestión se subsume, según ya lo hemos advertido, en una acción declarativa de certeza conforme a las leyes antes indicadas.

Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto).

Nótese que, de haberse seguido los pasos que la ley procesal exige, habríamos estado frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario (o, al menos, sumario), con todos los trámites clásicos en este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que habrían definido mucho mejor el litigio planteado por el actor. Al respecto, la vía elegida es particularmente inidónea para resolver problemas como el que se nos presenta, acerca de la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor una persona determinada. Repárese también en que el art. 14 de la CCBA abre esta vía "expedita y rápida... siempre que no exista un medio judicial más idóneo...". El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo —a gusto del actor—, que suplante o reemplace a los procedimientos *específicos* reglados. El amparo supone, en cambio, dos condiciones: en primer lugar, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y, en segundo lugar, el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. Para decirlo en términos vulgares, se trata de una verificación sencilla e inmediata, según sucede en su pariente, relativo a la libertad locomotiva, *el habeas corpus*, que no tiene por objeto verificar la culpabilidad de al-

guien en el hecho imputado, sino, por lo contrario, hacer cesar una medida restrictiva de libertad manifiestamente ilegítima.

3. Yo estimo que ni una ni otra condición están presentes en el caso pero me basta, para desestimar el recurso y no decidir por fuera del litigio constitucional planteado por el actor y contestado por el demandado, tornar plausible que la ilegitimidad constitucional que demanda el actor en este recurso no resulta evidente, ni manifiesta. He allí la limitación intrínseca del recurso interpuesto, dada la acción ejercida. Se pretende que se haga lugar al amparo (actor) o que no se haga lugar al amparo y, para ello, el recurso de inconstitucionalidad resulta doblemente limitado: en principio, por la materia que supone el recurso, que no involucra a la solución del Tribunal de mérito bajo el aspecto de la interpretación de la ley común (infraconstitucional) que rige el caso; en segundo lugar, el petitorio clásico de la acción ejercida, en cuanto refiere a una lesión —sólo constitucional conforme al recurso interpuesto— manifiesta.

a) Es extremadamente dudoso que CASSABA, organización de derecho público no estatal, carezca por completo de poder reglamentario sobre la ley que la rige. En razón de que el Poder Ejecutivo local no representa al ejecutor de esta ley, gran parte de la doctrina ha admitido que la organización de derecho público no estatal posee poderes de reglamentación de la ley cuya ejecución le ha confiado el Parlamento (en tal sentido, ver las citas en la sentencia de Cámara y en el voto de la Sra. jueza de trámite).

b) Por supuesto, este poder de reglamentación, reconocido por gran parte de la doctrina, debe ejercerse en los límites de la ley y sin contradecirla. Sin embargo, resulta también sumamente dudoso que la reglamentación ensayada por CASSABA (art. 5º, resol. 004/4/05) contradiga la ley o exceda aquello que es materia de reglamentación. Tan pronto como se examina ese art. 5º, se advierte que él comienza por repetir el texto de la ley y, posteriormente, somete a contribución tan sólo el resultado del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad. De manera similar, el organismo vigente en cualquiera de las provincias somete también el resultado económico de los pleitos relativos a su jurisdicción a ciertas contribuciones que aquí no son discutidas, pero que resultan paradigmáticas. Para el caso, pues, de seguirse la argumentación del recurrente, los honorarios judiciales o extrajudiciales obtenidos en el territorio y ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, no contribuirían a ningún régimen previsional. De tal manera, aún desde este punto de vista, la cuestión es sumamente discutible y no constituye una lesión manifiesta.

Por las mismas consideraciones se explica que sea sumamente dudoso el hecho (puramente fáctico) de que un mismo salario, ganancia u honorario haya sido sometido varias veces —al menos dos— a una contribución.

c) Tampoco puede afirmarse tan fácilmente la superposición de aportes en el sentido de la afiliación a otro régimen previsional puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden ser hechas valer, según determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. Aun el Estado procede de la misma manera cuando la gente, como es el caso de quien suscribe, no sólo contribuye y contribuyó por su actividad de juez, sino que también contribuyó contemporáneamente por su actividad docente o, incluso, profesional.

d) Menos puede sostenerse algún agravio "manifiesto" relativo al derecho de ejercer un trabajo, una profesión o una industria lícita, o, genéricamente, relativo al derecho de propiedad, todas garantías constitucionales del ciudadano. Nadie le ha impedido al abogado actor —y ello no es tema de este amparo— ejercer su profesión en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. No sólo CASSABA no es autoridad competente para reglamentar este aspecto de la cuestión, sino que, además, el título universitario de abogado habilita a ejercer la profesión en cualquier parte del territorio de la república, sujeto ello al cumplimiento de las demás exigencias burocráticas relativas al control de la actividad profesional que, generalmente, cumplen los colegios de abogados o, de otra manera, un tribunal.

e) Igualmente discutible, esto es, no manifiesto ni evidente como lesión constitucional, es el agravio referido al principio de legalidad en materia tributaria. Aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones, mejor explicado en el voto del señor juez Casás), lo cierto es que el art. 5º de la ley 1181 no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios ni beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. Tampoco resulta correcto afirmar que el amparista no recibirá beneficio alguno por sus aportes previsionales, cualquiera que ellos sean, pues, como ya lo señalamos, esas contribuciones —bajo ciertas condiciones que, precisamente, regula la misma ley—, podrán ser proyectadas al haber jubilatorio final del amparista. La circunstancia apuntada verifica que estos agravios tampoco pueden tildarse de evidentes o manifiestos desde el punto de vista constitucional.

4. Por las consideraciones que anteceden, mi solución, al igual que la de la Cámara pero parcialmente por otros motivos, y asimismo concordante

con aquélla propiciada por la Sra. jueza de trámite, consiste en rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el actor y, con ello, el amparo requerido. Las costas se imponen a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde, así como al voto de mi colega preopinante, el Dr. José Osvaldo Casás, a excepción del primer párrafo del punto 3.1 de su voto, con cuyo contenido no tengo estricta coincidencia, pero a cuyo respecto encuentro innecesario (y hasta engorroso) apuntar y fundar mis diferencias, puesto que, como bien queda exteriorizado en el conjunto del voto, el señalamiento de dicho párrafo constituye una advertencia de naturaleza general, si se prefiere a manera de indicación de un contexto interpretativo, que no contempla estrictamente la situación que nos ocupa.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 96/103 vta. por Norberto Fabio Fornasari fue correctamente concedido por la Sala I y corresponde hacerle lugar por las razones que expongo en los apartados siguientes.

2. Considero que el escrito de fs. 96/103 vta. logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

El recurrente manifiesta que la sentencia en crisis lesiona derechos y principios constitucionales (entre ellos, los que acuerdan los arts. 51, 80, inc. 2º, punto a) y 102 de la CCBA y los arts. 14 bis, 17, 19 y 52 de la C.N.) toda vez que: *a)* reconoce a la Asamblea de Representantes de CASSABA atribuciones suficientes para reglamentar la ley 1181; *b)* convalida la reglamentación del art. 5º de esa ley que violenta el principio constitucional de reserva legal tributaria en cuanto modifica el ámbito personal del hecho imponible extendiendo la aplicación del régimen creado a sujetos expresamente exceptuados afectando, por ello, el patrimonio de los contribuyentes "sin justificación legal que la avale" y; *c)* el Convenio de Reciprocidad al que alude la Cámara no logra satisfacer el principio constitucional que veda la superposición de aportes.

3. Comenzaré por el análisis del agravio consignado bajo la letra a) dado que de asistir razón al recurrente el tratamiento de los restantes planteos será innecesario.

El amparista expone, entre otras razones que detalla en su escrito, que *"[c]ontrariamente a lo pretendido por la asamblea de CASSABA, que se atribuye facultades para reglamentar la ley 1181, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en sus arts. 102 y 104 que la facultad reglamentaria corresponde al Jefe de Gobierno*" (fs. 100, des-

tacado en el original). A fs. 99, agrega que "la normativa impugnada genera en mi persona un agravio concreto y actual pues lesiona seriamente [mi derecho] de propiedad".

4. En la sentencia recurrida, la Sala I, por mayoría, había considerado que la entidad demandada podía reglamentar la ley "en el marco de sus competencias" (fs. 84 *in fine*), con sustento en la autonomía local que se habría visto "robustecida con los siguientes elementos: *a)* personalidad jurídica [del ente] —lo cual a su vez conlleva un patrimonio propio y la facultad de administrarlo—, *b)* autogobierno electo y representativo, y *c)* la atribución de definir y ejecutar la política previsional" (fs. 83 vta.).

Asimismo, la Sala I sostuvo "...en cuanto se refiere a la materia previsional aquí examinada, [que] el Jefe de Gobierno ha delegado en parte en CASSABA su potestad reglamentaria, al disponer que la autoridad de aplicación dicte todas las normas aclaratorias y, en particular complementarias que resulten necesarias (conf. dec. 2046-GCBA/04, art. 3º y, por lo demás, el Poder Ejecutivo local no controvirtió el reglamento dictado por la Caja (resol. 004/A/05)" (fs. 85).

5. El 13/11/2003, la Legislatura local sancionó la ley 1181 (publicada en el *BOCBA* nº 1830 del 2/12/aquel año) por la cual se instituyó el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la CABA y se creo la Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA. La constitucionalidad de ley no fue objetada en este pleito.

La C.N. otorga la potestad de reglamentar las leyes al Poder Ejecutivo con los alcances que resultan del art. 99, inc. 2º. En el orden local, el art. 100, inc. 2º le confiere esta atribución al Jefe de Gobierno quien debe ejercerla en el marco del principio republicano.

A su turno, el primer párrafo del art. 100 de la C.N. establece que el Jefe de gabinete de ministros y los demás ministros "...tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia". En sentido coincidente, el inc. 8º del mismo artículo dispone que corresponde al Jefe de gabinete de ministros "refrendar los decretos reglamentarios de las leyes...".

La CCBA también ha fijado un límite a la potestad reglamentaria del Jefe de Gobierno al subordinar la validez del acto a la refrenda y legalización del ministro del área (art. 101 de la CCBA), lo que implica una suerte de agregación de corresponsabilidad funcional.

6. De acuerdo con dicha distribución constitucional de competencias, la ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la entidad creada aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que sólo pudo emitir el Jefe de Gobierno.

CASSABA estaba facultada para dictar válidamente cierto tipo de disposiciones acordes con las prerrogativas que le confiere la ley; muchas de ellas se encuentran —incluso— en los términos de la resol. 004/A/05. Sin embargo, es en el marco de este proceso y en atención a la norma que fuera objeto de impugnación por el amparista (art. 5º de la reglamentación de la ley) que propicio la incompetencia de la demandada.

La lectura de los arts. 120 y 131 de la ley de autos (referidos a las atribuciones de la Asamblea y del Directorio, respectivamente) sostiene la opinión que sustento.

El art. 120 establece las siguientes atribuciones para la Asamblea:

"*1.* Dictar las disposiciones y resoluciones conforme a los fines y objetivos que inspiran a la presente ley.

2. Dictar su Reglamento Interno.

3. Elegir a la Junta Electoral y dictar el Reglamento Electoral.

4. Elegir, a propuesta de sus miembros, un Síndico Titular y uno Suplente, de conformidad a las prescripciones de la presente ley, su reglamentación y demás disposiciones aplicables.

5. Establecer el valor del lex previsional de acuerdo al monto máximo fijado en esta ley.

6. Instrumentar o suspender los beneficios establecidos en el art. 7º respetando el equilibrio económico financiero de la Caja. Las decisiones sobre estos temas deben ser adoptadas por voto de la mayoría absoluta de los Representantes.

7. Considerar la Memoria, Balance y Estados Contables, sus notas y anexos del ejercicio, informes anuales del Consejo Directivo y de la Sindicatura. Expedirse en las cuestiones que el Directorio o la Sindicatura sometan a su consideración.

8. Aprobar o rechazar el cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos Anuales y Plurianuales.

9. Aprobar los convenios propuestos por el Directorio en los términos del art. 131 incs. 9º y 10.

10. Remover a cualquiera de los Representantes o Directores, por causas graves, por el voto de los dos tercios (2/3) del total del cuerpo.

11. Fijar la retribución de los Directores.

12. Considerar cualquier otro asunto que el Directorio hubiera incluido en el orden del día.

13. Ejercer toda otra facultad u obligación que le asigne la reglamentación".

A su turno, el art. 131 determina para el Directorio los siguientes deberes y atribuciones:

"*1.* Organizar la estructura administrativa de la Caja.

2. Designar por concurso al personal de la Caja, estableciendo las pautas de su desempeño laboral y ejerciendo el poder disciplinario, pudiendo removerlo.

3. Fijar las remuneraciones del personal.

4. Dictar su Reglamento Interno de funcionamiento.

5. Concretar la afiliación y registro individual de los profesionales comprendidos en el art. 5º.

6. Recaudar en la forma que dispone esta ley, su reglamentación y demás disposiciones aplicables a los recursos previstos y todo otro que se destine al financiamiento de esta Caja.

7. Administrar los fondos de la Caja conforme a esta ley, su reglamentación y disposiciones de la Asamblea.

8. Conceder, denegar, suspender y revocar mediante resolución fundada las prestaciones y beneficios previstos en el Sistema. A los efectos de revocar prestaciones o beneficios en curso de pago es necesaria una mayoría de las dos terceras partes (2/3) de los miembros presentes.

9. Proponer a la Asamblea la aprobación de convenios con otras Cajas de Abogados facultando a los afiliados a ambas Cajas que opten por completar el aporte mínimo anual obligatorio sólo en una de ellas.

10. Proponer a la Asamblea la aprobación de acuerdos con las entidades prestadoras de servicios de salud a fin de asegurar a los afiliados y beneficiarios dicha cobertura y los demás que resulten convenientes para el mejor desempeño de sus funciones.

11. Aplicar, fiscalizar, verificar y ejecutar la recaudación de aportes y contribuciones.

12. Proyectar anualmente el Presupuesto de la Caja, elevarlo a la Asamblea, ejecutar el que resulte aprobado y confeccionar al término del ejercicio el Balance y la Memoria que deben ser sometidos a consideración de la Asamblea.

13. Convocar a la Asamblea Ordinaria.

14. En casos de urgencia convocar a Asamblea Extraordinaria, con la antelación prevista en el art. 122.

15. Resolver los recursos de revocatoria que le fueran planteados

16. Designar los integrantes de las Comisiones Internas que contemple su Reglamento Interno.

17. Crear comisiones *ad hoc,* designando sus integrantes.

18. Otorgar poderes.

19. Realizar todos los actos conducentes a facilitar el accionar de la Sindicatura, brindando los informes y documentación que ésta le requiera, con la celeridad que las circunstancias determinen.

20. Convocar a comicios para la elección de miembros del Directorio y de la Asamblea conforme lo previsto en esta ley.

21. Proyectar las modificaciones de esta ley o su reglamentación, que considere necesarias, para someterlas a consideración de la Asamblea.

22. Asistir a las Asambleas con derecho a voz, pero sin voto.

23. Las demás facultades que le asignen la reglamentación y las disposiciones emanadas de la Asamblea.

24. Resolver sobre toda situación no prevista y proveer a toda acción pertinente para el cumplimiento de los fines de la Caja".

Una lectura atenta del art. 120 de la ley muestra que las facultades de la Asamblea de CASSABA están orientadas a la puesta en marcha, organización interna y funcionamiento operativo de la institución. Esos son los límites legales que no incluyen, ni podrían hacerlo, la sustitución del Poder Ejecutivo local en materia de reglamentación de la ley.

7. Por otra parte, y en el mismo sentido que la interpretación que vengo sosteniendo, el Ejecutivo local, en ejercicio de atribuciones constitucionales (art. 102 de la CCBA), emitió el dec. 2046/04 (publicado en el *BOCBA* nº 2068 del 16/11/2004) por el cual aprobó la reglamentación de los arts. 78 y 139 de la ley 1181 y dispuso: "Art. 2º — Requiérase a las autoridades de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que en un plazo de 60 días acerquen a la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, las propuestas para la reglamentación del resto del articulado de la ley 1181"; "Art. 3º — La Autoridad de Aplicación dictará todas las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente reglamentación".

Posteriormente, y a través del dec. 151/07 (publicado en el *BOCBA* nº 2615 del 30/1/2007), el Jefe de Gobierno ratificó su potestad reglamentaria en ocasión de un reclamo administrativo que formulara CASSABA a fin de que se derogase el dec. 2046/06 por razones de incompetencia del órgano emisor.

Fue allí que el Ejecutivo rechazó el reclamo de la Caja y la intimó para que, en el término de cinco días, dejara sin efecto una "reglamentación" de los arts. 1º a 110 de ley que emitiera la Asamblea de Represen-

tantes (resol. 004/A/05); bajo apercibimiento de impulsar judicialmente la impugnación del acto.

En síntesis y, a diferencia de la postura de la Sala I de la CCAyT, opino que CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentar del modo y con la extensión que lo hiciera.

8. La demandada intenta —sin éxito— fundar la validez de la ley 1181 que dictara en algunos de los considerandos de la resol. 004-A/05: así, que el Directorio hubiese proyectado la reglamentación de la ley, que la hubiera sometido a consideración de la Asamblea y que, esta última, conforme resultaría de los términos del art. 131, inc. 21 de la ley 1181, posee "la *facultad (...) de aprobar [la] reglamentación* de dicha ley" (el destacado me pertenece).

Cabe destacar, como lo hiciera más arriba, que la ley 1181 no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal.

Subrayo que en particular, el art. 131, inc. 21 (citado por la demandada) sólo reconoce que el Directorio puede proyectar (no así, ejecutar) modificaciones a la ley o a su reglamentación y que la Asamblea, como "autoridad máxima de la Caja" (art. 111 de la ley 1181), puede abordar el tratamiento de las diversas propuestas modificatorias que el Directorio considerase pertinentes (además de las que ella pudiese considerar aun sin intervención de aquel).

Sin embargo, las razones que invoca CASSABA —persona jurídica de derecho público no estatal—, no la autorizan a suponer que podía, debido a su "autonomía económica y financiera" (art. 2º de la ley 1181), sustituir en el ejercicio de sus funciones a la autoridad constitucionalmente competente para emitir la reglamentación de la ley. Esta es una facultad del Jefe de Gobierno sujeta, conforme con el art. 101 de la CCBA, a los recaudos allí indicados para que esa facultad pueda ser ejercida en forma legítima.

Al reglamentar la ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad.

La solución que propicio me exime de pronunciarme en relación con los restantes agravios del recurso de inconstitucionalidad.

9. Con apoyo en las consideraciones que anteceden voto por: *a)* admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Norberto Fabio Fornasari a fs. 96/103 vuelta; *b)* revocar la sentencia de la Sala I de la CCAyT que rechazó el amparo; *c)* confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró "con relación al amparista, la inconstitucionalidad e inoponibilidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 dispuesta mediante resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de la Caja de

Seguridad Social para Abogados de la Ciudad (...) en cuanto establece la obligación de cumplir con los aportes establecidos en el art. 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181 para quienes hayan ejercido la opción prevista en el art. 5º, segundo párrafo, de la misma ley" y; *d)* imponer las costas a la vencida.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan las actuaciones al tribunal remitente.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 6— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LURASCHI, CARLOS ALEJANDRO S/INF. ART. 38 CC'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Autosuficiencia. Caso constitucional. Prescripción de la acción contravencional. Inicio del curso de la prescripción frente a una contravención de naturaleza continuada. Ampliación de la acusación. Derecho común. Interpretación de normas locales. Cuestiones de hecho y de prueba.

Expte. nº 5154/07 - 24/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensora de Carlos Alejandro Luraschi interpuso recurso de queja contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo

Contravencional y de Faltas que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad oportunamente presentado (fs. 83/88 vta.).

Aquel remedio había sido interpuesto contra la resolución que confirmó la sentencia de primera instancia que había dispuesto no hacer lugar a la solicitud de prescripción de la acción contravencional, rechazar el planteo de nulidad formulado y, por último, condenar al Sr. Luraschi a las penas de cinco (5) días de arresto en suspenso —con imposición de reglas de conducta (art. 27 bis del C.P., de aplicación supletoria)— y de reparación —consistente en abonar la suma de $ 500 (quinientos pesos) a la víctima—, todo ello por considerarlo autor de la contravención prevista en el art. 38 de la ley 10 (fs. 66/72 vta.).

2. En su recurso de inconstitucionalidad denegado (fs. 14/20), el imputado había presentado los siguientes agravios:

a) violación del principio de legalidad y de las garantías del debido proceso y de defensa en juicio, vinculados con la oportunidad y modo en que los jueces resolvieron su planteo de prescripción de la acción contravencional. La defensa cuestionó, por una parte, que los jueces de la Sala II hubieran convalidado la ampliación de la acusación durante el debate (en la que se postuló que la contravención imputada se había consumado de manera continuada desde junio de 2004 hasta junio de 2005). Además, se agravió de que hubieran considerado primero aquella cuestión para luego descartar el agravio vinculado con la prescripción de la acción (que había sido introducido como cuestión preliminar en el debate); y

b) afectación del principio de culpabilidad y proporcionalidad al momento de determinar la sanción. En este sentido, la defensa indicó que la Sala II no había dado suficiente respuesta a sus cuestionamientos respecto a la ponderación de la pena que había efectuado la jueza de primera instancia.

3. Con respecto al depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, la defensa aportó copia de la resolución del 7/4/2006 por la cual se decidió hacer lugar al beneficio de litigar sin gastos promovido a favor de Carlos Alejandro Luraschi (fs. 82).

4. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida, aconsejó el rechazo de la queja debido a que —según lo entendió— el recurrente no había logrado articular un caso constitucional y sólo había manifestado un mero desacuerdo con la decisión atacada (fs. 93/94).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa del Sr. Carlos Alejandro Luraschi ante el Tribunal a fs. 83/88 vta., si bien fue deducido por

escrito y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), no puede ser admitido ya que no es autosuficiente ni contiene una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). En tal sentido, la presentación directa sólo se limita a la mera repetición de disposiciones constitucionales sin rebatir argumentativamente las razones expuestas por la Cámara para rechazar su recurso (conf. el Tribunal *in re* "Pattarone, César Marcelo José s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pattarone, César Marcelo José y Zava, Cristian s/art. 72 CC —apelación'", expte. nº 2809/04, resolución del 24/5/2004 y sus citas) conforme se explica a continuación.

2. En primer lugar, la presentación omite realizar un relato circunstanciado de los hechos de la causa así como enunciar siquiera mínimamente las diferentes resoluciones judiciales que condujeron el proceso hasta esta instancia, requisitos todos ellos que hacen a su admisibilidad formal. Tal omisión vinculada con la suficiencia de la presentación directa podría eventualmente subsanarse con las copias acompañadas —si bien no referenciadas ni analizadas en el escrito—, pero hay otras deficiencias que impiden que éste sea admitido en esta instancia de excepción.

En tal sentido, y tal como surge de manera manifiesta a partir de la simple lectura de la presentación *sub examine*, la defensa sólo expone de manera genérica, superficial y desconectada de las circunstancias del caso, los vicios que denuncia sin lograr construir una crítica razonada y fundada a la decisión que rechazó su recurso, requisito indispensable para la viabilidad de su pretensión en esta instancia.

3. a) En su presentación directa, la defensa sostuvo que la decisión de la Sala II que le denegó el acceso a este Tribunal carecía de fundamentos, y que aquellos brindados en respuesta a sus agravios eran escuetos e insuficientes (fs. 84/85). Al respecto expresó que había "demostrado" en sus anteriores recursos que "se han vulnerado principios, derechos y garantías de raigambre constitucional, en desmedro de mi defendido" (fs. 85 vta.). Sin embargo, nada agrega en su queja ante este estrado que logre revertir o invalidar las razones dadas por los jueces de la Cámara Contravencional para rechazar su recurso de inconstitucionalidad.

b) La vaguedad de la presentación se advierte, entre otras cuestiones, en diversas referencias que la parte efectúa respecto del derecho al recurso en materia penal, vinculadas con su actuación a lo largo de este proceso. Este punto de la queja parece querer responder a ciertas consi-

deraciones secundarias que la Cámara —concordantemente con la Fiscalía ante esa instancia, ver fs. 74 vta./6— realizó al denegar el recurso de inconstitucionalidad, pero que no se relacionaban directamente con las razones y fundamentos desarrollados para denegar el recurso de inconstitucionalidad intentado, por lo que su inclusión en el recurso de hecho es, por lo menos, innecesaria a los fines de su admisibilidad.

c) Por último, la defensa indicó que "[s]i bien el presente escrito ha versado sobre la negativa de la Alzada a abrir la vía recursiva, motivo y/o fundamento suficiente del recurso de queja, haremos reiteración de uno de los agravios constitucionales vertidos en el recurso de inconstitucionalidad" (fs. 87), tras lo cual reeditó sus argumentos respecto de la supuesta ausencia de motivación adecuada en la determinación de la pena y de la afectación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad al fijarse la sanción.

En este punto y una vez más, sintéticamente, la queja sólo afirma de forma desordenada y dogmática que los jueces de la Sala II cerraron de manera inválida la instancia extraordinaria local; pero no aporta un solo argumento que lo demuestre adecuadamente.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja agregada a fs. 83/88vta..

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Desde el punto de vista formal coincido, en general, con el rechazo de la queja expuesto por la señora jueza de trámite. Tan acertado resulta reprochar a la recurrente la carencia de fundamentos claros y precisos, que debí leer todos los documentos de la causa presentados por la defensora recurrente para poder individualizar los agravios precisos que esgrimía en sus recursos de inconstitucionalidad y de queja.

2. No obstante ello, es sencillo contestar a los agravios expuestos por la defensora recurrente:

a) El agravio referido a la ampliación de la acusación carece de sentido. La remisión que el art. 6º de la ley local 12 hace al CPP que rige en la Ciudad de Buenos Aires conduce a la norma específica del art. 381, CPPN, que específicamente permite la ampliación de la acusación en casos de continuidad delictiva. No explico más porque no se trata de un argumento constitucional, dado que la defensora tuvo en el debate todas las garantías reglamentadas por las leyes para oponerse a la pretensión estatal de condena: la interpretación de la ley sustantiva (continuación delictiva) o de la ley procesal (posibilidad de ampliar la acusación) excede el marco de la competencia de este Tribunal y no resulta irrazonable interpretar esas reglas como lo ha hecho la Cámara (fs. 69 y ss.).

b) Por lo demás, que es absolutamente racional decidir esta cuestión antes que la prescripción de la acción contravencional lo demuestra el hecho de que la prescripción no comenzó a nacer sino a partir del momento en que el autor cesó su obrar continuado, con lo cual la fecha en la que opera la prescripción depende de la continuidad delictiva. Por tanto, si ello sucedió, al menos, durante el debate, parece claro que la prescripción aún no ha operado, cuestión también de derecho común e interpretación absolutamente racional de la Cámara (fs. 70 vta. y ss.). Al igual que sucede con el agravio anterior, la defensa no presenta aquí argumento constitucional alguno, sino tan sólo una distinta interpretación de la ley común (infraconstitucional).

c) Por otra parte, quiero aclarar que el hecho de que el art. 31 de la ley 10 mencione a la audiencia de debate como acto interruptivo de la prescripción de la acción y la posibilidad de que esta audiencia dure en el tiempo (horas, un día, varios días, un mes) significa que la ley, claramente, ha acudido a un hecho interruptivo que se prolonga en el tiempo, un lapso que no es medible de antemano. Esto significa que desde el comienzo hasta el final de la audiencia el hecho interruptivo existe (conf. al respecto mi voto, punto 9, en "Caballero, Jorge A. y otros s/art. 71 CC s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción", expte. nº 912-1, resol. del 5/12/2001) y, por tanto, en mi opinión, tampoco la acción estaba prescripta en la hipótesis propuesta por la defensa a fs. 56 vta., punto b. No obstante, sucede aquí lo mismo que con los argumentos anteriores: no se trata de un agravio constitucional sino, tan sólo, de la discrepancia del recurrente con la interpretación dada por el tribunal de mérito a una regla de derecho común (infraconstitucional), con lo cual el agravio es desechable *ab initio* como competencia del TSJ.

3. Respecto del agravio referido a la pena y a su fundamento, cabe expresar, nuevamente, que la argumentación de la recurrente parece centrarse en una cuestión de interpretación de derecho común (infraconstitucional) y no, por lo contrario, en un argumento constitucional, con lo cual el recurso debe ser rechazado. Pero aun si se aprecia magnánimamente al recurso, vale la pena indicar un par de cosas. La Cámara confirma la sentencia de primera instancia, que explicó acabadamente los deberes impuestos que integran la consecuencia jurídica de la condena (fs. 71 vta./ 72). Pero, por lo demás, si el recurrente no ofreció prueba sobre la pena impuesta que desvirtuara alguna de las afirmaciones de la jueza de primera instancia, ni requirió la apertura del debate ante la Cámara sobre este tema, resulta claro que, salvo una distinta interpretación de derecho común, mal podía la Cámara medir nuevamente la pena si los elementos de

juicio utilizados para ello no habían pasado ante ella. Más suscintamente: ¿cómo podía la Cámara desvirtuar los hechos tomados por la jueza para medir la pena si la prueba sobre hechos referidos a la medición de la pena no había integrado su propio debate, en el caso inexistente? Según se observa también aquí es injusto el agravio y no pasa —como lo explica la señora jueza de trámite— de una argumentación vaga y genérica a favor del imputado esgrimida por la defensa.

No ingreso a estudiar los argumentos vagos, genéricos e inconexos que también en general tienen por objeto valoración de prueba y afirmación de hechos que no han sido probados en audiencia.

Por tanto, coincido con el rechazo de la queja expuesto por la señora jueza de trámite.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia E. C. Ruiz. A pesar de la genérica mención de garantías constitucionales, el recurso de inconstitucionalidad de fs. 14/20 no presenta caso constitucional o federal alguno, sino que sus agravios giran exclusivamente en torno al tratamiento dado por los jueces de mérito a cuestiones de hecho y derecho local infraconstitucional —si la conducta sancionada constituyó una contravención continuada, la interpretación del art. 6º de la ley 12, art. 381 del CPPN, y, finalmente, de los arts. 11 y 24 de la ley 10—, sin que se haya demostrado la configuración de un supuesto de arbitrariedad.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Comparto lo expresado por mis colegas preopinantes en cuanto dejan en evidencia que la queja y el recurso de inconstitucionalidad que ella busca defender adolecen de serias deficiencias argumentativas que obstan nuestra intervención. En efecto, tal como expone la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, esta presentación directa se muestra carente de toda crítica al auto denegatorio, pues las que aparentemente se expresan como tales, no tienen una relación directa e inmediata con lo resuelto por la Cámara o, mejor aún, no constituyen una réplica dirigida a rebatir los argumentos que sustentaron esa denegatoria frente a la ausencia de un caso constitucional, sino que, por lo contrario, éstas sólo buscan polemizar sobre una consideración accesoria, como lo fue, sin dudas, el supuesto "abuso recursivo" que el *a quo* atribuyó a la defensora (fs. 79 vta.) y que ninguna incidencia real tuvo en la declaración de inadmisibilidad de la vía extraordinaria local. En ese sentido, es necesario resaltar que la sorpresiva mención de la recurrente acerca de la transgresión de la garantía de la doble instancia y/o del derecho al recurso, base sobre la cual busca criti-

car el auto denegatorio, sólo parece una respuesta personal a las observaciones adicionales que realizó el *a quo* en función de la profusa e inconsistente actividad recursiva desplegada por la quejosa en este proceso, observaciones que, *obiter dictum*, después de repasar el relato que sintetiza el cúmulo y entidad de las impugnaciones articuladas, no puedo menos que compartir. No obstante, tal pretendida lesión nada expresa acerca de alguna equivocación en el análisis preliminar de admisibilidad llevado a cabo por la Sala II y no sirve para dar cuenta de la existencia del caso constitucional que necesariamente debe plantearse para acceder a este estrado, lo cual, desde el plano formal, sella la suerte de esta queja.

Por lo demás, el recurso de inconstitucionalidad tampoco ayuda para desentrañar alguna afectación constitucional, porque, sintéticamente: *a)* todo lo relativo a que los jueces de mérito debieron, según la defensora, examinar la prescripción de la acción de manera independiente a la determinación del carácter *continuado* de la contravención reprochada, o que el cómputo debía realizarse "separadamente respecto de cada uno de los hechos" (fs. 17 vta.), que conformaban esta contravención, en mi opinión, al margen de vincularse con la exégesis de la norma infraconstitucional que gobierna el caso, remite a una discusión holgadamente superada en la doctrina y jurisprudencia, toda vez que el carácter permanente o continuado del hecho ilícito trae aparejado como consecuencia que el plazo de la prescripción de la acción comience a contarse después de que aquel hecho deja de cometerse, o desde su última consumación (en esta línea se inscriben los arts. 31 de la ley 10 y 63 del C.P.), por lo cual, ambas cuestiones debían ser consideradas conjuntamente, por su razonable y evidente dependencia; *b)* la defensora no ha cuestionado la validez de la ampliación de la acusación durante el debate, ni la aplicación del art. 381, CPPN que —interpretación mediante— permitiría tal ampliación, sino que, únicamente, cuestionó la existencia de los hechos que dieron lugar a aquella extensión, por lo cual, su fundamentación remite al análisis de los hechos y pruebas valorados por los jueces de mérito, asuntos que escapan al conocimiento de este Tribunal Superior cuando, como ocurre en autos, no se demuestra arbitrariedad o exceso alguno; y *c)* la pretendida afectación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, al margen de su genérica e inconexa invocación de normas constitucionales, no alcanza para demostrar la existencia de alguna controversia constitucional en la determinación de la pena impuesta al imputado, toda vez que, contrariamente a la creencia de la interesada, aquella determinación se encuentra lejos de estar desprovista de motivación y no se advierte algún defecto concreto y relevante en ella, pues, en todo momento, se tuvieron en cuenta las particulares características de la contravención cometida (art. 38 de la ley 10),

su gravedad y persistencia, y el daño efectivamente causado, extremos todos ellos que, por involucrarse con cuestiones de hecho y prueba, resultan extraños al remedio deducido.

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 83/88 y por tener presente el beneficio de litigar sin gastos concedido a fs. 82.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 83/88 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XLIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 5— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MOARES, CARLOS LUIS S/ESTACIONAR EN LUGAR PROHIBIDO Y OTRA —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Resolución que tuvo por desistida la solicitud de juzgamiento y por firme la sanción impuesta en instancia administrativa. Decisión equiparable a sentencia definitiva. Revisión judicial de la sanción de multa impuesta por la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Gravamen de imposible reparación ulterior. Derecho de defensa en juicio. Nulidad de la notificación de la audiencia de juzgamiento. Ausencia de testigos a ruego que firmaran la diligencia.

Expte. nº 4917/06 - 25/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensa Oficial del señor Carlos Luis Moares dedujo un recurso de queja (fs. 122/130) contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Contravencional y de Faltas (fs. 119/120) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 112/117) interpuesto contra la resolución anterior (fs. 109/110), por la cual —a su turno— se había declarado mal concedido el recurso de apelación dirigido a objetar la resolución del Juzgado de Primera Instancia Nº 26, que tuvo por desistida la solicitud de juzgamiento y por firme a la sanción impuesta en sede administrativa en virtud de lo dispuesto en los arts. 41 y 42 de la ley 1217 (fs. 90/vta.).

En la presentación directa, la defensora cuestionó la interpretación del *a quo* en torno a lo que puede ser considerado como "sentencia definitiva", a los fines de los recursos de apelación e inconstitucionalidad, y afirmó que la Cámara habría privado compulsivamente al infractor de un pronunciamiento sobre los planteos introducidos oportunamente (vinculados con la nulidad de una notificación), lo cual, en su opinión, implicaría la violación del derecho al debido proceso y al ejercicio de la defensa en juicio de su asistido.

2. El Fiscal General Adjunto coincidió con los fundamentos expuestos por la alzada en orden a que aquí no se recurría una sentencia definitiva "o auto equiparable a ella". Aún así, resaltó "que cuando la defensa interpuso la cuestión de nulidad (fs. 93 [fs. 94/96; incidente de queja]) ni siquiera ofreció pruebas en abono de la situación descripta, como, por ejemplo, la citación del Oficial Notificador para que expli[case] su actuación o [la] del personal de guardia en el edificio donde se asienta su Despacho, de manera que asiste razón al *a quo* en todo cuanto expuso en el punto 4 de la resolución de fs. 108/9 [fs. 109/110; incidente de queja], ya que la redargución de falsedad o la pérdida de efectos de un instrumento público, como [lo] es la cédula de notificación, debe ser probada por quien la invoca (arts. 989, 993 y concs. del Cód. Civil)"; y que "[a]nte la omisión apuntada, que debió haber implicado el rechazo in limine de la pretensión, carece totalmente de agravio sustancial todo lo intentado por la defensa desde el escrito antes mencionado [el de fs. 94/96] y configura un desproporcionado desgaste jurisdiccional el recurso ahora intentado" (fs. 140/vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Los dos motivos esgrimidos por la Sala III para declarar inadmisible el recur-

so de inconstitucionalidad que esta queja defiende resultan incorrectos y provocan, frente a las certeras críticas de la defensora, la admisión formal y material de esta presentación directa y del recurso denegado. Ello es así, por cuanto:

a) En primer lugar, a diferencia de lo apuntado por el *a quo*, el recurso de inconstitucionalidad oportunamente incoado se dirigió contra una decisión que poseía "carácter definitivo", a tenor del art. 27 de la ley 402, pues aun cuando esta última aparentemente sólo declaró mal concedido el recurso de apelación sobre la base de una interpretación del derecho infraconstitucional local —por cierto, muy dudosa—, ella importó *poner fin al proceso judicial* mediante el cual se pretendía obtener la revisión jurisdiccional de una multa impuesta por la Unidad Administrativa de Control de Faltas. La Cámara, con un excesivo rigor formal, ha soslayado que la cuestión relativa a la supuesta responsabilidad del infractor no podría ser articulada en el marco de ningún otro proceso, y que la firmeza de la sanción administrativa —operada por la presunta deserción de la acción— era susceptible de producir gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior (con un criterio similar al expuesto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Impsat S.A. s/ ejecución fiscal'", expte. nº 3998, resolución del 19/10/2005); el cual resulta particularmente relevante en el caso, si se tiene presente que, al margen de activarse la vía del apremio para el cobro compulsivo de la multa (art. 23, ley 1217), las infracciones al Régimen de Faltas (ley 451), por hipótesis, podrían proyectar consecuencias accesorias y ser consideradas a los fines de iniciar un "sumario administrativo" en virtud de la OM 41815 [ley 787] (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mancuso, Marcela Lidia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires'", expte. nº 4106, resolución del 21/12/2005), pues —según se desprende de las constancias agregadas— éstas habrían sido imputadas al titular de un vehículo de alquiler (taxi).

La resolución que tiene por desistida la solicitud de juzgamiento y por firme a la sanción impuesta en sede administrativa, a raíz de lo dispuesto en los arts. 41 y 42 de la ley 1217, lleva aparejada la pérdida definitiva del derecho a pregonar una revisión judicial del acto administrativo. En estos términos, pareciera que la caducidad del derecho operada en autos, prevista como un modo anormal de extinción del proceso, no dista de una caducidad de instancia en la cual se torna imposible el replanteo de una cuestión —por ejemplo, la prescripción del derecho—, y por ello resultaba equiparable a un pronunciamiento final ("Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por denegación de justicia en: 'Fernández, Silvia

Graciela y otros c/GCBA s/amparo'", expte. nº 1633, resolución del 16/9/2002). Consecuentemente, cabe poner de relieve que el criterio inflexible y general expuesto por el *a quo*, que también declaró mal concedido el recurso de apelación por no recurrirse una "sentencia definitiva" (según el art. 56 de la ley 1217), ciertamente, no se ajusta a la postura acuñada por la jurisprudencia de este Tribunal en orden a las decisiones que corresponde —por sus efectos y alcances conclusivos— considerar la sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario local.

La postura contraria expuesta por la Sala III, para un recurso ordinario que debiera ser bastante menos restrictivo, deviene meramente dogmática y se expresa como un rigorismo impropio que atenta contra el debido proceso del infractor. Que en esta causa se desarrolle un proceso judicial de faltas —en sustancia, derecho administrativo sancionador— o que se haya impuesto una multa nimia a los ojos de la alzada, no parecen razones suficientes para sostener, legítimamente, que en esta materia, las decisiones "que pon[e]n fin al proceso o que caus[a]n gravamen irreparable" (fs. 119 vta.) no pueden ser objeto de recurso alguno. Ello así, toda vez que la cuestión vinculada con el "carácter definitivo" de una determinada decisión jamás ha estado ligada con la materia objeto del proceso, y no es un atributo exclusivo de las sentencias penales y/o contravencionales, sino de toda resolución judicial dictada en el marco de un pleito, cualquiera que fuere su naturaleza. Dicho de otro modo, la cuestión no pasa por reconocer una supuesta gravitación de los principios penales en el juzgamiento de las faltas, sino por determinar, en cada causa concreta, si se verifican o no, los requisitos que tornan admisible un recurso, entre éstos: un pronunciamiento final y un perjuicio resultante de aquel. Sin dudas, la controversia de autos debió habilitar la competencia apelada de la Cámara Contravencional y de Faltas, y su deliberada omisión descalifica su actuación.

b) En segundo lugar y a pesar de lo sostenido en la instancia anterior, la recurrente ha logrado demostrar una concreta afectación de su derecho a defenderse en juicio que, asimismo, se encuentra íntimamente emparentada con la falta de tratamiento de su recurso de apelación, pues, aún cuando no resultó primariamente de dicha omisión, permaneció indefensa, sólo a causa de ella. En efecto, luego de que la jueza de primera instancia decidiera tener por desistida la acción —por la incomparecencia presuntamente injustificada del infractor a la audiencia de juzgamiento—, la defensa oficial presentó, en la sede del Juzgado, un escrito encabezado "SOLICITA NUEVA AUDIENCIA - NULIDAD DE NOTIFICACIÓN - SUBSIDIARIAMENTE APELA" (fs. 94/96), en el cual naturalmente se informaba que la cédula de notificación no habría surtido su efecto de comunicar de modo fehaciente la fijación de la audiencia de juzgamiento, motivo por el cual exigía: *i)* la fijación de otra audiencia a los mismos fines; *ii)* la nulidad de la notifica-

ción; y *iii)* la admisión de la apelación interpuesta en subsidio, esto es frente al hipotético rechazo de la nulidad. En esa presentación se mencionaron *supuestos vicios* en el diligenciamiento de una cédula, entre ellos: un trámite "urgente" razonablemente innecesario; su fijación en la puerta de una dependencia pública, fuera del horario de oficina y sin solicitar un testigo a ruego que firmara la diligencia (art. 149, CPPN); la firma de la jueza y no del actuario (art. 137, CPCCN); etcétera.

Aun cuando no todos los *supuestos vicios* apuntados parecieran tener virtualidad suficiente para impedirle a la defensora oficial conocer la citación cursada —y más allá de todo reparo que pudiera existir acerca del impreciso marco legal empleado para argumentar su pretensión—, lo cierto es que su planteo, oportunamente introducido, no fue considerado. En efecto, la jueza de primera instancia sólo optó por "conc[eder] el recurso" (fs. 97) y remitir el expediente a la Sala III. Una vez allí, la defensora manifestó su oposición al trámite impreso y solicitó que las actuaciones fueran devueltas (fs. 107/108) para que se subsanara la omisión de resolver su planteo, presentación ésta, que tampoco fue considerada debidamente por la Cámara —al declarar mal concedido el recurso de apelación—. En tales condiciones es posible indicar que se ha omitido el tratamiento de defensas relevantes, que eventualmente pudieron variar la solución del litigio, lo cual importó un grave menoscabo de la defensa en juicio del presunto infractor (arts. 13.3, CCBA y 18, C.N.). De cara a este silencio hermético, me veo en la necesidad de tener que declarar la nulidad de las sucesivas resoluciones dictadas a partir de la presentación de fs. 94/96, lo que así votaré (conf. art. 31, ley 402).

A mayor abundamiento y aunque el Fiscal General Adjunto opine todo lo contrario (fs. 140/vta.), en el caso no se pretendió *redargüir de falsedad* la cédula de notificación obrante a fs. 56 (arts. 395, CPCCN y 323, CCAyT), sino que se planteó la *nulidad de la notificación* (arts. 149, CPCCN y 132, CCAyT), razón que explica, sobradamente, que ninguna carga procesal —relacionada con el ofrecimiento de prueba— pesara sobre el infractor. Por otra parte, uno de los vicios invocados por la defensora —probablemente el más sólido— se centra en un argumento estrictamente procesal, la ausencia de testigos de la diligencia, que la defensora fundamenta sobre la base del art. 149, CPPN (fs. 95) cuyo contenido, por cierto, no difiere palmariamente del art. 141, CPCCN, o del art. 124, CCAyT (ordenamiento, este último, al que remite la ley 1217 en su art. 23, aunque para un supuesto distinto); ausencia que no se explica, si la Cámara ha tenido por hecho que la notificación se habría practicado en un edificio público "que cuenta con personal de seguridad permanente en la entrada" (fs. 110, punto 4). El eventual tratamiento que quepa dar al planteo, hasta hoy abandonado, debiera tener presente la jurisprudencia del Tribunal relativa a esta cuestión (especialmente, "Cano, Osvaldo Rodolfo

s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cano, Osvaldo Rodolfo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4368, resolución del 21/6/2006). Que no exista un régimen de notificaciones específico para la materia de faltas (al margen del art. 32 de la ley 1217), no significa que aquellas puedan practicarse de cualquier manera, y mucho menos operar en perjuicio del infractor, cuando tan curioso diligenciamiento —a un funcionario judicial (arts. 135, CPCCN, 119, CCAyT o 148, CPPN)— genera ciertas dudas que, a todo evento, debieran disiparse.

2. Por los fundamentos expuestos, voto por: *I)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *II)* declarar la nulidad del decreto de fs. 97 y de los actos dictados en su consecuencia; y *III)* devolver las actuaciones al tribunal de origen a los efectos de que, por quien corresponde, se dicte un pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto (art. 31 de la ley 402).

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo sostiene la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, el recurso de inconstitucionalidad defendido mediante la presente queja fue interpuesto contra una decisión equiparable a definitiva, en los términos del art. 27 de la ley 402, en tanto los efectos que se generan en cabeza del imputado son de imposible reparación ulterior. Ello así, dado que el tema debatido no podrá ser replanteado con posterioridad y, en el caso, se tendrá por desistida la solicitud de juzgamiento en sede judicial efectuada por el señor Moares y por firme la resolución dictada en sede administrativa que le impuso una multa de $ 200 y 50 U.F. por encontrarlo responsable de tres faltas en materia de tránsito.

2. Se advierte, asimismo, que la defensa logra plantear un caso constitucional referido a la vulneración del derecho de defensa y del debido proceso de su ahijado procesal (arts. 18, C.N., y 13, inc. 3º, CCBA). Los planteos desarrollados por la recurrente ponen en evidencia que, en las distintas instancias transitadas, se ha omitido toda consideración del planteo de nulidad de la notificación de la audiencia de juzgamiento prevista en el art. 52 de la ley 1.217 —tal como lo destaca mi colega, la doctora Ana María Conde, en el segundo párrafo del punto 1 b) de su voto— y, con ello, se ha privado a la parte de una decisión fundada en ley sobre el punto. Entiendo, por lo tanto, que corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos y declarar la nulidad de las sucesivas resoluciones dictadas a partir de la presentación de la defensa obrante a fs. 94/96 vta. —por la que se solicita nueva audiencia y se plantea la nulidad de la notificación efectuada— para que, de esta manera, se dé acabado tratamiento a tales planteos.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto parcialmente la solución que propicia la señora jueza de trámite, la Dra. Ana Conde. A contrario de lo que opina la Cámara, Sala III, el rechazo de la procedencia del recurso de apelación es una sentencia de mérito *definitiva*, sin aditamento alguno. En efecto, ese rechazo culmina con el procedimiento de mérito dispuesto en la ley local nº 1217. En el caso, deja firme el acto administrativo sancionatorio al culminar la vía judicial, por afirmación de la sentencia de primera instancia.

2. Frente a ello, el recurso de queja debe triunfar y ser concedido el recurso de inconstitucionalidad que fue declarado inadmisible por la Cámara.

3. Sobre este recurso, más allá de si la razón esgrimida por el sancionado justifica o no justifica su inasistencia a la audiencia (aspecto sobre el que debió versar el fallo), lo cierto es que por la vía de omitir toda decisión sobre el asunto, tanto en primera como en segunda instancia, se ha logrado dejar firme un desistimiento cuestionado, incluso por apelación. En este sentido, es correcto afirmar que se ha privado al sancionado de su derecho de defensa, o, si se quiere, se trata de un caso de denegación de justicia, al no tenerse en cuenta ni decidirse sobre la justificación.

Por ello, considero que debe hacerse lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad y debe devolverse la causa a la Cámara para que proceda como corresponde.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero al voto del Dr. Julio B. J. Maier.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde. Asimismo, una vez efectivizado el reenvío ordenado en esta resolución, dado que el tiempo transcurrido desde que se inició este procedimiento de faltas hace evidente la probable prescripción de la acción, entiendo que las instancias de mérito deberán analizar si ella ha operado. Ello así, no obstante que no existe planteo del imputado a ese fin, puesto que si dependiera exclusivamente de él poner al juez en posición de decretarla, se le estaría dando oportunidad de disponer la imposición de una sanción, circunstancia extraña a nuestro régimen jurídico en materia de faltas por lo que en común tiene con las contravenciones y, en general, las figuras de índole penal. Distinta es la situación de aquel contra quien se ejecuta la multa ya impuesta, pues en ese caso la disponibilidad no excede la que tiene sobre su patrimonio para cumplir con sus deudas.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por unanimidad con relación a los puntos 1 y 3, y por mayoría con respecto al punto 2,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer* lugar a la queja interpuesta a fs. 122/130 y al recurso de inconstitucionalidad agregado en copia a fs. 112/117.

2º. *Declarar la nulidad* del decreto de fecha 15/6/2006, cuya copia obra a fs. 97, y de los actos dictados en su consecuencia en los autos principales.

3º. *Devolver* las actuaciones al tribunal de origen a los efectos de que, por quien corresponde, se dicte un pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto (art. 31 de la ley 402).

4º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

L

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA DE CÁMARA EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'FERNÁNDEZ, GABRIEL ALEJANDRO S/INF. ART. 189 BIS C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Presentación extemporánea del recurso de inconstitucionalidad. Legitimación activa del Ministerio Público Fiscal para recurrir la sentencia condenatoria. Art. 61 de la ley 12. Utilización de la vía prevista en el art. 474 del CPPN. Bilateralidad de los recursos en materia penal. Principio de *ne bis in idem*. Prohibición de *reformatio in peius*.

Expte. nº 4928/06 - 25/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 26/9/2005 el titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 15 resolvió condenar a Gabriel Alejandro Fernández a la pena

de dos años y nueve meses de prisión, como autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal —art. 189 bis (2), párrafo 3º, C.P.—. En la misma sentencia, a pedido de la defensa, declaró inconstitucional la aplicación al caso de la agravante prevista en el último párrafo de la mencionada norma, no obstante lo cual consideró reincidente al imputado —art. 50, C.P.— (fs. 1/10 vta.).

2. La cotitular de la fiscalía interviniente presentó un recurso de inconstitucionalidad en los términos del art. 474, CPPN y, subsidiariamente, sostuvo la inconstitucionalidad de la limitación recursiva prevista en el art. 61 de la ley 12. Invocó, para fundar su presentación, la resolución que dictó la Sala I en el expte. nº 47-01-CC/05, caratulado "Recurso de queja en autos: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción Art. 189 bis C.P.'", el día 19/5/2005, de características similares al presente caso (11/19).

La acusadora, en resumen, pretendía que la Cámara revocara la sentencia que condenó al imputado por la figura básica en lugar de haberlo hecho por el tipo agravado, cuya escala penal obligaba a imponerle una pena mayor.

3. Por su parte, la defensora interpuso un recurso de apelación contra el fallo condenatorio, en razón de diversos agravios.

4. El juez de primera instancia concedió el recurso de inconstitucionalidad planteado por la fiscalía con base en el art. 474, CPPN, que consideró aplicable al caso, y el que intentó la defensa, sustentado en el art. 61 de la LPC (fs. 20/22).

5. El 3/1/2006, los miembros de la Sala II de la Cámara —en su carácter de integrantes de la Sala de feria— resolvieron hacer lugar en forma parcial al recurso de la defensa y reducir a un año y seis meses la pena de prisión impuesta en primera instancia al Sr. Fernández; y declarar mal concedido el recurso del Ministerio Público Fiscal (fs. 25/33).

6. Contra esa decisión la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso dos remedios procesales diferentes: *a)* un recurso de inaplicabilidad de la ley, a fin de que el pleno de la Cámara adoptara el criterio sostenido por la Sala I en la causa "Lemes" y, de ese modo, revocara la decisión de la Sala de feria (fs. 34/38 vta.); y *b)* un recurso de inconstitucionalidad local (art. 27, ley 402) "al sólo efecto de que no se considere extemporáneo, para el caso en que no sea admitido el recurso de inaplicabilidad de la ley" (fs. 39/53).

7. El 10/2/2006 la Sala I declaró inadmisible el recurso reseñado en el apartado a) del punto 6 que antecede. Frente a tal decisión, la recurrente

interpuso una queja a fin de que el pleno de la Cámara declarara mal denegado su recurso de inaplicabilidad de la ley. El 20/4/2006, los miembros de la Cámara confirmaron la decisión adoptada por la Sala I que declaró inadmisible el remedio intentado.

Este decisorio motivó un nuevo recurso de inconstitucionalidad de la Fiscalía dirigido exclusivamente a cuestionar lo resuelto por la Cámara en pleno (conf. fs. 96). Este remedio también fue declarado inadmisible (fs. 103/6, acuerdo plenario nº 5, del 29/06/06). Al dejar transcurrir el plazo correspondiente al recurso de queja previsto en el art. 33, ley 402, la Fiscalía consintió la resolución.

8. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad local (art. 27, ley 402) que la Fiscalía había intentado contra la decisión del 3/1/2006 —reseñado en el punto 6 b) precedente— fue declarado inadmisible por la Sala II el 17/3/2006, mientras aún tramitaba la queja por recurso de inaplicabilidad de ley denegado (aludida en el punto 7 que antecede). Con sustento en jurisprudencia de la CSJN, en el auto denegatorio se indicó que, en tanto había interpuesto un recurso de inaplicabilidad de la ley, la fiscal debía esperar el pronunciamiento del pleno de la Cámara porque ésa constituiría la decisión del tribunal superior de la causa pasible —eventualmente— del recurso de inconstitucionalidad local (fs. 59/vta.).

9. El día 21/7/2006 la representante del Ministerio Público Fiscal interpuso un nuevo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia del 3/1/2006 a la que se alude en los puntos 5, 6 y 8 de estas resultas (fs. 120/32), retomando los argumentos que habían fundado su anterior recurso contra aquella sentencia.

El recurso fue declarado inadmisible (fs. 133/vta.) y contra esa decisión el Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas interpuso un recurso de queja (fs. 137/44). En su presentación directa, resumió los antecedentes de la causa, reiteró sus agravios, criticó la resolución que denegó el recurso de fs. 120/132 y sostuvo su legitimación activa para presentar este remedio.

10. Por su parte, al contestar la vista conferida a fs. 147, el Fiscal General Adjunto sostuvo ante esta instancia el recurso interpuesto por el Fiscal ante la Cámara de Apelaciones y propició que se admita el recurso de inconstitucionalidad deducido, se declare inaplicable al caso —por inconstitucional— el art. 61 de la LPC, se decrete la nulidad de la sentencia impugnada y, por último, que se devuelvan los autos a primera instancia para que se dicte un nuevo pronunciamiento considerando los argumentos de la fiscalía (fs. 149/155 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por escrito, ante el Tribunal competente y dentro de los cinco días de notificada la resolución de la Sala II de fecha 18/10/2006 que había denegado el recurso de inconstitucionalidad presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal el día 21/7/2006 (art. 33, ley 402).

2. De todos modos, más allá de la cuestión referida a la legitimación procesal activa del Ministerio Público Fiscal para deducir el recurso (y sin perjuicio de lo sostenido por el suscripto en la causa "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4603/06 y su acumulado expte. nº 4602/06 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis C.P. —apelación—'", sentencia del 19/7/2006), entiendo que la presente queja debe ser rechazada, pues el recurso de inconstitucionalidad que se pretende sostener ante este estrado fue presentado en forma extemporánea, tal como lo señalara la Sala II de la Cámara, en su sentencia de fecha 18/10/2006.

3. En efecto, en el auto denegatorio de aquel remedio (v. copia obrante a fs. 133/133 vta.), el tribunal *a quo* indicó fundadamente que ya no era posible presentar un segundo recurso de inconstitucionalidad local contra la sentencia dictada el día 3/1/2006.

Ahora, la crítica que se intenta en la presentación directa ante este Tribunal, en mi concepto, no brinda una argumentación plausible para demostrar por qué motivo el segundo recurso de inconstitucionalidad de fecha 21/7/2006 incoado contra la sentencia dictada el día 3/1/2006 puede considerarse tempestivo. A mi modo de ver, la quejosa no ha aportado un fundamento convincente que permita a este Tribunal ignorar que ya había deducido un recurso de inconstitucionalidad contra la misma sentencia de fecha 3/1/2006 que fue oportunamente *declarado inadmisible* por la Sala II el día 17/3/2006, más allá del acierto o error de esta decisión y sus fundamentos (conf. copia de fs. 59/59 vta.). Esta sentencia de la Cámara ha quedado firme —por más que ahora, en la queja, extemporáneamente, contra ella se dirijan buena parte de las críticas.

Si la interesada optó voluntariamente por transitar un camino procesal para obtener la decisión que pretendía (en el caso, a través de un recurso de inaplicabilidad de la ley), no puede —luego de frustrada dicha vía— intentar el nuevo recurso de inconstitucionalidad para satisfacer su pre-

tensión, aunque hubiera adelantado la intención de hacerlo en anteriores etapas del proceso. En este marco, no se puede admitir la apertura de una instancia recursiva que quedó cerrada al vencer el plazo para interponer una queja ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad local primigenio, obrante a fs. 39/53.

A mayor abundamiento, si se adoptara el razonamiento de la Sala II, en el sentido de afirmar que el pronunciamiento de la Cámara en pleno al resolver el recurso de inaplicabilidad de ley sería "la decisión del tribunal superior de la causa" (fs. 59/59 vta.), se advierte que tampoco se ha llegado en queja ante este Tribunal para sostener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la declaración de inadmisibilidad del apuntado recurso de inaplicabilidad de ley.

4. Por las razones expuestas, considero que el presente recurso de queja debe ser rechazado, sin perjuicio de aclarar, *obiter dicta*, que en modo alguno ello importa compartir la interpretación realizada por la instancia de mérito del art. 189 bis, inc. 2º, párrafo octavo, C.P. (conf. mi voto en el citado precedente "Lemes"), ni el trámite kafkiano que por momentos se ha dado a la causa.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por los fundamentos expresados por el juez de trámite Dr. José O. Casás en su voto, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto —conf. fs. 120/131vta.— resulta extemporáneo, por lo que corresponde rechazar la queja.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al meditado voto del señor juez de trámite, José O. Casás, en cuanto pone de manifiesto que la queja deducida por los representantes del Ministerio Público Fiscal deviene extemporánea, cualquiera que sea la lógica con la cual se la examine. Sin perjuicio del rechazo de esta presentación por tal motivo, el confuso e impreciso trámite dado a la causa, que mi distinguido colega ha calificado, con justa razón, como kafkiano y que ha obstaculizado, en gran medida, la intervención de este Tribunal Superior de Justicia en una cuestión que naturalmente habilitaría su competencia (art. 113, CCBA), me conduce a efectuar algunas consideraciones a modo de *obiter dictum*.

No desconozco que toda la tramitación de autos ha sido simultánea a la de la causa "Lemes" y tampoco que los plenarios resueltos por la Cámara Contravencional y de Faltas, con fundamento en este otro sumario, han sido dictados con anterioridad a que, por mayoría, el Tribunal Superior de

Justicia se expidiera favorablemente acerca del asunto vinculado con la legitimación activa del acusador para recurrir las sentencias que declaran la invalidez de un apartado del Código Penal por considerarlo repugnante a la Constitución Nacional. Desde tal perspectiva, es claro que la Sala II del tribunal de alzada no se ha apartado de nuestra solución para el citado caso "Lemes", pues aún ésta no existía, pero entiendo necesario, de cara a las diferentes posiciones encontradas sobre este aspecto, reafirmar algunos conceptos que allí fueron expuestos.

De la misma manera que este Tribunal reconoce y acepta su posición de *instancia intermedia* a los fines del recurso extraordinario federal, cuando se encuentra debatida una cuestión federal, según la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos,* 308:490; 311:2478; 312:483; 315:767; 324:2177; recientemente reiterada en autos M. 1090. XLI "Martino, Santiago Marcelo y Chaves, Miguel Ángel s/tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con fines de comercialización" del 27/12/2006), en el ámbito local y a nivel interno, la Cámara Contravencional y de Faltas debe funcionar como *tribunal intermedio* a los fines del recurso extraordinario local (arts. 27, ley 402 y 113.3, CCBA), por ser el máximo tribunal de mérito respecto a las competencias penales transferidas a esta Ciudad, según se desprende de lo resuelto por la mayoría del Tribunal en el precedente citado ("Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 19/7/2006).

En dicha ocasión reconocí expresamente, en lo que aquí importa, que el aprovechamiento del recurso regulado en el art. 474, CPPN no era la única solución posible, pero, a mi criterio, era la más razonable, ya que con ella se sorteaba la declaración de inconstitucionalidad de las limitaciones recursivas impuestas al fiscal para apelar la "sentencia condenatoria" *per se* (art. 61.1, LPP), en un supuesto en el cual se había puesto en tela de juicio la validez de una norma nacional por ser contraria a la C.N., supuesto que, como regla, podría ser puesto en conocimiento de la CSJN (art. 116 y 117, C.N.). En este sentido afirmé, y hoy reitero, que la declaración de inconstitucionalidad de tal limitación procesal podía obviarse *razonablemente* por ser la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (*Fallos,* 315:923; 322:2415) y una manera para hacerlo era utilizando la vía mencionada en el art. 474, CPPN. En autos, la Sala II ha resuelto inaplicable aquella herramienta, con razones atendibles, pero dicho razonamiento debió llevarlos a la consecuencia que se buscaba eludir con el empleo de aquel recurso, es decir, a la ilegitimidad de tal restricción. Si bien la actividad recursiva del acusador se encaminó correctamente (presentó un recurso en los términos del art. 474, CPPN, y a modo subsidiario impugnó

la constitucionalidad de los obstáculos para recurrir la sentencia, de acuerdo al criterio de *Fallos,* 312:627; 314:916; 324:1733), la cuestión federal suscitada quedó firme, porque, entre otros motivos, la alzada se negó a considerarla y resolverla mediante el cercenamiento indebido de las facultades reconocidas constitucionalmente al Ministerio Público Fiscal. Por prudencia no me expido respecto al dudoso trámite que se le dio a la causa después de ello, ni sobre la infinidad de recursos y resoluciones que dicha actuación desencadenó.

Creo que es suficiente con señalar, en sintonía con lo expresado en el caso "Lemes", que si se resiste el empleo del recurso de inconstitucionalidad previsto en la norma federal (art. 474, CPPN) o si se rechaza la impugnación constitucional de la restricción impuesta por la norma local (art. 61.1, LPP), y por el contrario se sostiene que el fiscal debía apelar la sentencia de primera instancia directamente ante este Tribunal Superior de Justicia, se consentiría prácticamente la duplicación de decisiones, por cuanto la Cámara atendería un recurso de apelación deducido por la defensa del condenado y, mientras, nuestro Tribunal lo haría respecto de un recurso de inconstitucionalidad (art. 113.3, CCBA) de la fiscalía. Ello equivaldría a sostener que no sólo cabría la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, sino que, por lo demás, la exigencia de la "sentencia definitiva del tribunal superior de la causa" estaría supeditada a la posición que ocupa el recurrente en el proceso penal local; y ello resulta, a mi criterio, inadmisible e irrazonable. Es de esperar que, en lo sucesivo, la Cámara Contravencional y de Faltas se arrogue las importantes funciones que se le han encomendado y que resultan, a todo evento, de su incumbencia como tribunal de alzada en la materia (art. 36, ley 7).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El procedimiento penal no es un juego en el que los jugadores pueden apelar con su imaginación a cualquier invención posible. Las leyes de procedimiento son interpretables racionalmente, esto es, sin creer que ellas han regulado facultades tipo escondrijo, como en un juego de las "escondidas". En este sentido, tiene razón el señor juez de trámite, el Dr. Casás, cuando califica de kafkiano al trámite seguido en esta causa.

Es correcto afirmar que el art. 55 de la ley 12 (modif. por leyes 1287 y 1330) utiliza como legislación supletoria al Código Procesal Penal de la Nación, pero ello tan sólo para completar institutos no regulados. Aquí resulta claro que la ley procesal penal local no ha querido concederle al fiscal recurso alguno o sólo ha querido concederle un recurso limitado (casación sustantiva), únicamente en caso de absolución (ar. 61, 1). *Obiter*

dictum desearía decir que esta reglamentación no es irracional pues, como lo tengo escrito, en materia penal carece de sentido la bilateralidad de los recursos frente a una decisión, tanto si pensamos en la imposibilidad de que el acusador estatal coloque en riesgo de condena dos o múltiples veces a una persona por un mismo hecho (*ne bis in idem*), como si pensamos en la llamada prohibición de la *reformatio in peius* que, nuevamente en materia penal, dejaría de tener sentido si el acusador pudiera recurrir cualquier sentencia que considere injusta en busca de otra sentencia que imponga un padecimiento superior.

2. De tal manera, el juego para la fiscalía terminó en esta causa con la sentencia de primera instancia condenatoria —todo lo contrario a "absolutoria"—, aquella que condena a Fernández a la pena de 2 años y 9 meses de prisión (fs. 1/10 vta.). Y si ella tenía algún agravio constitucional, porque ese juez, al especificar la regla jurídica aplicable al caso, no le había dado la razón —en tanto consideró inconstitucional el agravante por reincidencia previsto en el art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P.—, debió plantear allí, conforme a ésa, su comprensión —que no estoy avalando— el recurso de inconstitucionalidad que regula la ley local nº 402, y, eventualmente, la queja pertinente ante el TSJ, vía recursiva que, como puede observarse, no fue planteada, por lo que la sentencia quedó así firme, al menos para la fiscalía.

No es cierto que existan dos recursos de inconstitucionalidad en el ámbito local, uno para ante la Cámara en lo Contravencional y de Faltas y otro para ante el TSJ; uno relativo al art. 474, CPPN y otro relativo al art. 27 de la ley 402. En todo caso es el imputado quien puede plantear el recurso de inconstitucionalidad, conforme lo establece el art. 61, 3, ley 12 (modif. por leyes nº 1287 y 1330). La materia está expresamente reglada por la ley local, de modo que tampoco aquí funciona la cláusula supletoria del art. 55, ley 12 (modif. por leyes 1287 y 1330), que remite al CPPN, y resulta absurdo pensar que existen dos recursos de inconstitucionalidad. Por lo demás, es regla general que las garantías establecidas a favor de un ciudadano —en materia penal, a favor del imputado— sólo pueden ser hechas valer en beneficio de él y no lo es, por lo contrario, que ello conceda una facultad al fiscal para hacer valer la misma garantía en perjuicio del imputado.

3. Menos razón tiene la fiscalía cuando frente a una vía recursiva intentada sin éxito (fs. 39/53) —pues fue declarada inadmisible por la Cámara (fs. 59/vta.) y la fiscalía no presentó queja ante el TSJ— pretende "reactivarla" más de seis meses después, según lo ha aclarado la Sala II a fs. 133 vta. Aquí, sin duda, coincido con la opinión del señor juez de trámite,

Dr. José O. Casás, en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad que se pretende sostener ante este estrado fue presentado en forma extemporánea.

4. Por lo demás, en cuanto a las razones que ensaya la fiscalía en la queja (fs. 138vta., punto b) en defensa de su legitimación para recurrir ante este Tribunal, no se entiende el argumento relativo al derecho federal y menos aún la situación de "gravedad institucional". En verdad, resulta conocido, conforme al art. 75, inc. 12, C.N., que la competencia del Congreso nacional para dictar la ley penal única no arrastra a la competencia local para el enjuiciamiento, de manera tal que la excepción prevista para sancionar la ley penal común por el Parlamento nacional, con el fin de unificar la legislación penal, no importa una especie de prórroga de la jurisdicción al ámbito federal para las cuestiones penales.

En cuanto a la "gravedad institucional" también denunciada por el fiscal, si tengo que ser franco, me resulta incomprensible. Que el imputado sea condenado después de un juicio penal a 2 años y 9 meses de prisión y que, luego, a raíz de su recurso sólo la pena sea reducida a 1 año y 6 meses de prisión, no parece comprometer a la Nación argentina ni a sus instituciones. Menos aún compromete a la Nación o a sus instituciones el hecho de que la fiscalía carezca de algún recurso (conf. *Fallos,* 320:2145, "Arce"). Todo lo contrario: según ya lo hemos explicado, la carencia de recurso del ministerio público fiscal tiene apoyo en dos garantías previstas para el imputado, la de no someterlo a un nuevo riesgo condenatorio con un nuevo juicio y la de no reformar en su perjuicio una sentencia, según la comprensión material de esta garantía.

5. Por último, y también para defender la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir ante este Tribunal, el fiscal alega la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 53 y 61, 3, LPC —que no mencionan al fiscal entre los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad— y los arts. 1, 27 y 33 de la ley 402 —que no establecen límite alguno respecto de quiénes pueden acceder al TSJ—, conflicto que, a su juicio, debe ser resuelto en favor de la ley 402, que considera ley especial para el caso.

Sin embargo, no le asiste razón, tampoco en este punto, a la fiscalía. Al respecto, es aplicable aquello que, en parte, ya he dicho en varias oportunidades en materia contravencional (conf. mis votos en el expte. nº 1528, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cruz, Martín Rafael s/art. 71 CC'", resol. del 10/7/2002; y en el expte. nº 1560, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Prodan, Eduardo Emilio s/art. 38 CC'", resol. del 16/07/2002). La ley 402

regula los aspectos generales de los recursos de queja e inconstitucionalidad —básicamente: las formas, plazos y trámites—, con independencia de la materia, hasta el momento penal, contravencional y de faltas o contencioso-administrativa y tributaria, que suscite la cuestión constitucional planteada. Sin embargo, el art. 61, inc. 3º, de la ley 12 (modif. por leyes 1287 y 1330), en cuanto especifica, de forma expresa, que en materia penal es sólo el imputado quien puede interponer el recurso de inconstitucionalidad le quita al fiscal la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad en perjuicio del acusado. Ésta es una particularidad del recurso de inconstitucionalidad en materia penal —para aquellos tipos penales cuya competencia fue transferida a la Ciudad—. De tal manera, rige como principio hermenéutico el criterio de que lo particular se impone sobre lo general (la excepción vence a la regla).

Por todas estas razones, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso de queja interpuesto ante el Tribunal por el señor Fiscal de Cámara (fs. 137/144), no puede ser admitido. El Ministerio Público Fiscal carece de legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad en perjuicio del condenado dada la limitación expuesta de manera expresa y específica por el art. 61, inc. 3º, de la ley 12 (modificada por las leyes 1287 y 1330).

Tal como lo señala mi colega Julio B. J. Maier en el punto 5 de su voto, yerra la Fiscalía al sostener en defensa de su postura que es la ley 402 de procedimientos ante el Tribunal la que lo habilita a interponer un recurso de inconstitucionalidad. Esa interpretación desconoce la existencia de un régimen específico en la materia que tiene por objetivo asegurar la vigencia de los derechos y garantías de las personas sometidas a procesos penales o contravencionales.

Voto en consecuencia por el rechazo de la queja interpuesta.

Por ello, emitido el dictamen por el Ministerio Público Fiscal,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 137/144.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LI

"GCBA C/TACURAL S.A. S/EJ. FISC. - PLAN DE FACILIDADES S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Invocación genérica de garantías constitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Interpretación y alcance de las normas tributarias. Cuestión local. Obligatoriedad de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Expte. nº 4717/06 - 25/4/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Tacural S.A. interpone recurso extraordinario (fs. 198/202) contra la decisión de fecha 20/12/2006 por la que el Tribunal decidiera rechazar el recurso de apelación ordinario interpuesto.

2. El recurso es contestado por el GCBA (fs. 205/226) que solicita su rechazo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. En relación con el contenido del recurso, cabe destacar que la recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (fs. 198 vta.); sostiene que la decisión recurrida atenta "contra la Constitución Nacional al comprometer en grave forma derechos específicamente garantizados por la ley fundamental, como el de propiedad y de defensa en jucio (C.N. arts. 14, 17 y 18), invadiendo ámbito de legislación reservada (C.N. art. 75, inc. 12)". Dicha invocación no es luego desarrollada y relacionada con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

Como ya ha sostenido este Tribunal, el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria exige que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

3. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, la recurrente sostiene que la resolución del Tribunal Superior "incurre en arbitrariedad manifiesta al dejar de considerar en su medida las defensas impetradas" y "acudiéndose a consideraciones meramente dogmáticas que no implican un análisis efectivo ni una demostración del desacierto de las defensas impetradas por esta parte, constituyendo un agravio al derecho de defensa, y en definitiva, una privación de justicia" (fs. 198 vta.). Si bien alega que el decisorio del Tribunal "no reúne las calidades de adecuada fundamentación y el debido sustento en normas aplicables" (fs. 202), no demuestra cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial.

En rigor, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto el desacuerdo de la apelante con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que "[l]a tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales válidos" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

4. Resta considerar el agravio planteado a fs. 201/202, en el que el recurrente criticó a este Tribunal por basar su resolución en el fallo "Sociedad Italiana de Beneficencia" del mismo Tribunal, en vez de aplicar la doctrina del fallo "Filcrosa" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este agravio carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, ya que no explica ni fundamenta por qué debió aplicarse el fallo "Filcrosa", cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución, y con qué alcance. Por ello, el planteo deducido no justifica la apertura de la vía extraordinaria intentada.

Por último, aun cuando consideráramos —a título de hipótesis— que la escueta mención del fallo "Sociedad Italiana de Beneficencia" realizada por este Tribunal en la resolución recurrida contradice lo sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Filcrosa", lo cierto es que lo relativo al alcance que cabe asignar a las normas tributarias implicadas en la resolución del presente caso es una cuestión de indudable carácter local, que no configura la "cuestión federal" imprescindible para justificar la apertura del recurso extraordinario federal. Y además, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sólo obligan —por regla general, y salvo supuestos especiales de derecho federal, *Fallos,* 307:1294—, a los tribunales de instancias inferiores en los casos en los que han sido dictados. Las doctrinas emergentes de esos pronunciamientos no son de acatamiento general, pues —entre otras razones— no constituyen una fuente formal de derecho prevista en el art. 31 de la Constitución Nacional. La interpretación que el Alto Tribunal efectúa de una ley es una guía, para los jueces de las instancias anteriores, a la cual deben conformar sus sentencias, salvo apartamiento abonado por nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

5. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el recurso intentado debe declararse inadmisible.

6. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que interpuso Tacural S.A. (en adelante, "Tacural") a fs. 198/202 debe ser denegado, ya que si bien cumple con los requisitos de tiempo y forma exigidos ritualmente, no logra articular una cuestión federal, como lo afirma la señora jueza de trámite.

2. No se encuentra en juego en estos obrados ninguna disposición de derecho federal. La solución adoptada por el Tribunal tuvo en cuenta los hechos invocados, los elementos probatorios aportados y las reglas de derecho público local involucradas en el conflicto (dec. 1708/97, resol.

303-SHyF/99 y resol. 801-SHyF/00), todo lo cual es ajeno a la materia propia del recurso extraordinario federal.

3. Asimismo, la recurrente denuncia a fs. 198 vta. que en el caso se comprometieron "en grave forma derechos específicamente garantizados por la ley fundamental, como el de propiedad y defensa en juicio (C.N. arts. 14, 17 y 18), invadiendo ámbito de legislación reservada (C.N., art. 75, inc. 12)".

Sin embargo, Tacural se limita a mencionar estas cláusulas constitucionales sin dar fundamento suficiente, ni explicitar el modo en que la presunta lesión de los derechos y garantías invocados le causa gravamen en el caso concreto.

4. Tampoco es admisible el recurso extraordinario intentado con relación al agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. En efecto, tal como indica la señora jueza de trámite en el apartado 3 de su voto, la recurrente "no demuestra cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial".

5. Tacural critica también la resolución del Tribunal por considerar que debió aplicarse la doctrina del fallo "Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda", del 30/9/2003 (*Fallos,* 326:3899) dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Coincido con la jueza Ana María Conde en que dicho planteo "carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, ya que no explica ni fundamenta por qué debió aplicarse el fallo 'Filcrosa', cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución, y con qué alcance". Lo mismo cabe decir respecto de las manifestaciones en torno del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Sigra S.R.L. s/ley 23.771 —causa 2953—", del 25/9/1997 (*Fallos,* 320:1962).

6. Por las razones apuntadas no hay caso federal que habilite la vía recursiva intentada y, en consecuencia, corresponde denegar la concesión del recurso extraordinario federal articulado por la demandada, con costas. Así voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde.

2. Los agravios según los cuales en el recurrente no consintió la aplicación a su caso de la resol. 303-SHyF/99 por desconocerla al momento

de suscribir el plan de facilidades, están exclusivamente dirigidos a cuestiones de hecho y derecho no federal, lo que obsta a la concesión del remedio federal intentado.

3. El agravio según el cual la novación propuesta en dicha resolución invade facultades ejercidas por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12), carece de relación directa con lo resuelto en autos. Ello así, toda vez que, aún en la mejor hipótesis para el recurrente —esto es, aplicación del art. 812 del Cód. Civil al caso, en virtud de la doctrina emanada del precedente "Filcrosa" de la CSJN—, lo resuelto en la sentencia definitiva no sería modificado. En este orden de ideas, debe consignarse que el recurrente no se hace cargo del argumento que sostuve en el último párrafo del considerando 2 de mi voto (fs. 192), según el cual el art. 812 del Cód. Civil, cuya interpretación excede la competencia de la CSJN en el marco del recurso extraordinario federal, no está en pugna con la novación propuesta en la resol. 303-SHyF/99, oportunamente consentida por el actor. En tales condiciones, aún cuando prosperara el remedio federal intentado, y se ordenara la aplicación al caso de las disposiciones del Código Civil en materia de novación por sobre la normativa local, el resultado del pleito se vería incólume.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y a los fundamentos que la sustentan, como a los desarrollos realizados por mi colega el doctor Luis F. Lozano, para sellar la suerte adversa del recurrente, en tanto descartan, en cualquier supuesto, la atingencia con lo aquí discutido de la aplicación de la doctrina que pudiera extraerse del precedente: "Filcrosa S.A." (*Fallos*, 326:3899), sentencia del 30/9/2003.

Así entonces, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

Costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Tacural S.A. a fs. 198/202, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 193, punto 2.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LII

"ESTADO NACIONAL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/ESTADO NACIONAL ARGENTINO —MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN— S/EJ. FISC. ABL'"

RECURSO DE QUEJA. Desistimiento. Ejecución fiscal en trámite. Excepción de pago total documentado.

Expte. nº 4846/06 - 25/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires inició una ejecución fiscal contra el Estado Nacional por la suma de $ 6.638,94, correspondiente a las cuotas 1º a 6º del año 2001 de la contribución por Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos y Aceras y ley nacional 23.514, por el inmueble perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ubicado en la calle Uruguay 637 (fs. 2/3 y 5, expediente principal). La demandada se presentó y opuso excepciones, entre ellas, la de pago total (fs. 15/23 vta., autos principales y fs. 24/32, queja). El juez de primera instancia consideró extemporánea la presentación (fs. 24, autos principales), le dio por decaído el derecho dejado de usar y mandó llevar adelante la ejecución (fs. 26, autos principales y fs. 23, queja).

El Estado Nacional apeló la sentencia (fs. 41/43, autos principales y fs. 20/22, queja). La Sala II de la Cámara de Apelaciones desestimó el recurso pues al no haber opuesto excepciones la parte demandada, el memorial somete a su decisión cuestiones que no fueron propuestas a decisión del juez de la anterior instancia (fs. 50 y vta., autos principales y fs. 19 y vta., queja).

2. Contra esa resolución, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 52/58 vta., autos principales y fs. 12/18 vta., queja), que, previa contestación (fs. 63/82, autos principales) fue declarado inadmisible por la Sala II por no dirigirse contra una sentencia definitiva ni asimilable a tal y porque no se configura un caso constitucional ni un supuesto de arbitrariedad o gravedad institucional (fs. 84/86 vta., autos principales y fs. 9/11 vta., queja).

El Estado Nacional interpuso ante el Tribunal la queja contra la sentencia denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 35/43 vta.).

3. El juez de trámite requirió a la parte recurrente que acompañe las constancias de pago de la deuda reclamada (fs. 46, punto IV), lo que motivó la presentación de fs. 48/50.

Remitidas las actuaciones a dictamen del señor Fiscal General Adjunto, el funcionario propició el rechazo de la queja (fs. 55/57).

Luego de llamados los autos al acuerdo, como medida de mejor proveer, el juez de trámite dispuso que la Tesorería General de la Nación informara al Tribunal si mediante SIDIF 106241 del año 2000 se había cancelado al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la deuda objeto de la ejecución fiscal promovida en contra del Estado Nacional (fs. 59).

Una vez contestado el oficio (fs. 71/75) se convocó a las partes intervinientes en los autos principales a una audiencia, en la cual el GCBA, parte actora, debía informar si recibió el pago a que hiciera referencia la Tesorería General de la Nación en su presentación de fs. 71/75 y, a su vez, justificar su respuesta con la documentación correspondiente (fs. 78). En la audiencia, el juez de trámite concedió al GCBA un plazo adicional de 5 días para que cumpliera con lo exigido (fs. 81). El GCBA dio respuesta a tal requerimiento y manifestó que la deuda motivo de las presentes actuaciones se encuentra cancelada, por lo que solicitó el archivo de las mismas. Por último, peticionó que las costas sean soportadas en el orden causado (fs. 82/100).

En el "otrosí digo" de ese escrito (fs. 100) el Estado Nacional recurrente desiste del recurso de queja interpuesto y expresa su conformidad al pedido del actor en cuanto a la distribución de las costas del proceso.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Liminarmente cabe expresar que la ejecución en trámite en los autos principales y esta queja presentan una característica singular: en el juicio se encuentra comprometido tanto el interés público del Estado local (ejecutante) en la percepción de los tributos como el interés público del Estado nacional (ejecutado) en la adecuada aplicación de los fondos del Tesoro Nacional.

La particularidad de presentarse en el proceso razones de interés público en la pretensión del actor y en las defensas del demandado, justificó la realización de las medidas instructorias dispuestas en esta instancia. Es que ante la posibilidad de que se estuviese llevando adelante una ejecución con inexistencia de deuda que afectará los recursos del Tesoro

de la Nación, se imponía efectuar una interpretación teleológica no sólo de las reglas adjetivas sino del proceso judicial en sí, y adoptar las medidas que permitieran dilucidar sin margen alguno de duda si, más allá de la presunción legal de veracidad que reviste la boleta de deuda (establecida, también, en el interés público), la Nación había cancelado a la Ciudad el tributo reclamado.

La insistencia del recurrente en haber satisfecho el tributo con anterioridad al inicio de la ejecución, la documentación aportada al Tribunal en ese sentido y el interés público del Estado nacional en juego, me persuadieron de la necesidad y procedencia de practicar tales medidas, que, como fue expresado en las "resultas", confirmaron que la deuda ejecutada estaba totalmente cancelada.

Es que el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Así entonces, la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, las facultades de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad es indudable. En caso contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho (conf. doctrina de la causa: "Domingo Colalillo v. Compañía de Seguros España y Río de la Plata" —*Fallos,* 238:550— sentencia del 18/9/1957). Por lo demás, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de su texto conduzca a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas, debe darse preeminencia a una interpretación finalista que compute el conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica, incompatible con la naturaleza del derecho y con la función específica de los magistrados, que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el conciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (conf. doctrina de la causa: "Claudia Graciela Seguir y Dib" —*Fallos*, 302:1284—, sentencia del 6/11/1980).

2. Ahora bien, en atención a lo expresamente manifestado por el Estado nacional a fs. 100, corresponde declarar desistido el recurso de queja que interpusiera.

3. Los planteos efectuados por el Gobierno de la Ciudad —a los que el Estado Nacional presta conformidad— en el escrito de fs. 100, si bien

expresan la inequívoca intención de ambas partes de dar por terminado el juicio —el actor abandonando el reclamo tributario, y el demandado prestando conformidad al pedido de la contraparte de que las costas sean soportadas en el orden causado—, no conllevan ninguna cuestión constitucional que el Tribunal esté habilitado para resolver.

Por lo tanto, corresponde devolver las actuaciones principales y esta queja al juez de primera instancia interviniente para que se expida sobre tales cuestiones [conf. TSJ, *in re*: "Sociedad Italiana de Beneficencia (Hospital Italiano) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sociedad Italiana de Beneficencia (Hospital Italiano) c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 2528/03, resolución del 17/12/2003].

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde y el juez Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Al haber desistido del recurso el Estado nacional, corresponde que el Tribunal dé —precisamente— por desistido el recurso de queja, sin que quede, en esta instancia recursiva, trámite alguno pendiente.

Pero, al mismo tiempo, al haber desistido el Gobierno local —ejecutante— de la pretensión tributaria y solicitado el archivo, con la aquiescencia de la contraparte —el ejecutado: Estado nacional—, corresponde dar por terminado el litigio y devolver el legajo a quien lo envió, para su archivo.

Por último, ambas partes asumieron las costas por su orden; corresponde así declararlo para esta instancia y devolver el caso a la Cámara para su decisión.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los términos de la presentación efectuada en forma conjunta por el Gobierno de la Ciudad y por el Estado Nacional, corresponde:

a) Homologar el desistimiento de la acción y del derecho formulado por la actora.

b) Declarar inoficioso el recurso de queja introducido por la demandada.

c) Distribuir las costas por su orden, según lo acordado por las partes a fs. 100 (art. 67, tercer párrafo del CCAyT).

Así voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja interpuesto a fs. 35/43 vta. por el Estado Nacional.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente, se devuelva el principal con la queja, a sus efectos.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'B., M. Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Fundamentación autónoma. Recurso de inconstitucionalidad. Arbitrariedad de sentencia. Programa habitacional. Modificación normativa posterior a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Creación del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle. dec. 690/06. Actualidad de la pretensión. Otorgamiento de subsidios para la asistencia de familias en situación de calle. Orientación para la búsqueda de estrategias de solución a la problemática habitacional. Derecho a una vivienda digna. Incumplimiento de las obligaciones de asistencia habitacional.

Expte. nº 4757/06 - 25/4/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores M. B. y J. A. M. por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, J. A. M., promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que su grupo familiar fuera incluido en el programa de subsidios habitacionales (fs. 1/10 vta., autos principales).

Expresaron en la demanda que se encuentran desocupados, que sobreviven realizando changas de limpieza y pintura, que reciben una caja de alimentos que la demandada les provee mensualmente y que su hijo menor concurre al Jardín de Infantes Integral nº ..., del D. E. nº ... Los actores narraron que requirieron la asistencia de la Secretaría de Desarrollo Social del Gobierno local para que abonara su alojamiento y que entre los meses de agosto del año 2003 y febrero de 2004 recibieron 6 cuotas de $ 300 cada una, correspondientes al subsidio habitacional previsto en el dec. 895/02, con las que abonaron el alquiler de la habitación del hotel "El Trébol". Agregaron que al finalizar la percepción del subsidio, al momento de promover la acción adeudaban el mes de alojamiento y que por esa razón fueron intimados por el dueño del hotel a resolver la situación bajo el apercibimiento de ser desalojados. Frente a esa situación, el 10/3/2004 requirieron la extensión del subsidio que les fuera otorgado con anterioridad, pero ante la falta de respuesta requirieron la asistencia de la Defensoría, que requirió al Coordinador General del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle —dependiente de la Subsecretaría de Coordinación Plan Social Integral— que informara sobre la situación de los actores ante ese organismo. El informe expuso que la extensión de subsidio no fue posible ya que sus titulares no "presentaron proyecto de salida estable". Los actores expresaron que por la precariedad de su situación no les resultaba factible proponer la salida requerida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La parte actora cuestionó el art. 6º del dec. 895/02 —en tanto establece que los subsidios habitacionales se otorgan por única vez, por un monto máximo por familia— por considerar que la modalidad de implementación del beneficio es incongruente con los fundamentos de ese decreto, ya que al no haber mejorado la situación de las personas asistidas, éstas volverían a la "situación de calle". Planteó la inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02 "y de toda otra norma que implique restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional que encuentren igual fundamento".

Los accionantes solicitaron también, como medida cautelar, que se los incluya en los programas de emergencia habitacional mientras dure la tramitación de la presente causa.

El Asesor Tutelar acompañó la pretensión cautelar de los actores (fs. 31/36, autos principales).

La medida cautelar fue decretada favorablemente (fs. 38/40, autos principales) ordenando se otorgara alojamiento a los actores o fondos suficientes como para acceder a él.

La Procuración General contestó la demanda mediante el informe de fs. 59/63, autos principales. Los actores se expresaron respecto del informe a fs. 73/78, autos principales.

El juez de primera instancia dictó sentencia "*1)* Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por los señores M. B. y J. A. M., por sí y en representación de su hijo J. A. M., con patrocinio del Ministerio Público de la Defensa, ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: *a)* mantenga las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 (o la norma que lo sustituya en el futuro) tendientes a asegurar el alojamiento de los amparistas y el cumplimiento de los demás objetivos previstos en el citado decreto o en el plan asistencial que eventualmente lo sustituya, en cuanto a la superación del estado de emergencia habitacional en que se hallan; y *b)* remita con periodicidad bimestral directamente a la Asesoría Tutelar un informe socioambiental, en el que consigne la situación del grupo familiar, en especial en lo relativo a la verificación de los extremos del art. 14 del decreto citado, debiendo a su vez dicha dependencia del Ministerio Público informar al tribunal las novedades sólo en tanto impliquen un incumplimiento de las prestaciones a cargo de la demandada. *2)* Haciendo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895-GCBA/02. *3)* Imponiendo las costas a la demandada vencida..." (fs. 94/104 vta., autos principales).

El *a quo* destacó que la cuestión no era abstracta ya que "la inclusión de los amparistas en el plan de emergencia habitacional de que se trata se debe a una decisión del tribunal, adoptada por conducto de la medida cautelar dispuesta en autos". Entendió que de acuerdo con el art. 6º del decreto citado los amparistas no tendrían derecho a percibir prestaciones adicionales al subsidio ya percibido, consideró que esa situación "comporta una verdadera amenaza a derechos constitucionales reconocidos, ya que, como se expresó, el cese del beneficio los obligaría a volver a la situación de calle" y que "subsisten razones que justifican el mantenimiento de los amparistas en el marco de la asistencia brindada con base en el dec. 895-GCBA/02, ya que sus necesidades habitacionales no han sido resueltas".

El juez consideró que "el dec. 895-GCBA/02 es objetable jurídicamente. Al establecerse en el art. 6º un plazo máximo para el otorgamiento del subsidio habitacional, y no preverse alguna otra prestación sustitutiva a la finalización de ese plazo, la consecuencia en los hechos sería que los actores deberían volver a la 'situación de calle', tal como la califica ese mismo decreto. Si bien el principio de no regresividad tiene alcances más amplios que un caso particular (...) lo cierto es que debe evitarse un retroceso que lleve a la desprotección de personas que ya contaban con la asis-

tencia estatal (...) Por tal razón, se estima que el art. 6º del dec. 895/GIBA/02, en tanto lleva al cese de las prestaciones hasta ahora reconocidas a los amparistas, debe ser tachado de inconstitucional en el caso concreto. Sin perjuicio de que tal dispositivo pueda ser adecuado en otros casos, ello no es así en la situación de autos. La norma impugnada, desde este punto de vista, no es inconstitucional per se, pero lo es por la forma en que se aplica a los actores, de modo que debe ser invalidada en esta sede".

Al precisar los alcances de su decisión el magistrado de primera instancia señaló "que los alcances de este decisorio se limitan a condenar al Estado a brindar las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 (u otro semejante que pudiera sustituirlo en el futuro), que aseguren el alojamiento de aquéllos, hasta que cesen las causas que determinaron su inclusión. Conviene señalar que la demandada dispondrá de una razonable amplitud de medios para concretar esta prestación, en la medida en que tales medios resulten razonables y no sean contrarios al principio de no regresividad. A su vez, cabe recordar que la razonabilidad de los medios es plenamente revisable, en su caso, en oportunidad de la ejecución de la presente sentencia. El criterio que se expone es el que mejor compatibiliza el principio de división de poderes —en tanto exige una cierta deferencia hacia las decisiones que razonablemente adopten los poderes públicos para ejecutar las políticas que la Constitución pone a su cargo—, las competencias presupuestarias del legislador y los derechos de los actores" (fs. 94/104, autos principales).

2. La sentencia fue apelada por la demandada (fs. 111/115, autos principales). La parte actora (fs. 125/129, autos principales) y el Ministerio Público Tutelar (fs. 133/134 vta., autos principales) contestaron los agravios y solicitaron el rechazo del recurso. La Fiscal de Cámara propició que se revoque la sentencia recurrida (fs. 136/137, autos principales).

La Sala I de la Cámara rechazó el recurso. Los jueces Corti y Balbín se remitieron a los fundamentos expresados por ellos en el caso "Panza, Angel Rafael c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 10.120/0, sentencia de fecha 25/2/2005. El juez Centanaro adhirió a lo resuelto por sus colegas y, a modo de ampliación de sus fundamentos, también remitió al fallo "Agüero Carmen Rosa y otros c/G.C.B.A. s/Amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 8714/0, de la Sala II (fs. 139, autos principales).

3. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 147/156 vta., autos principales) con base en los siguientes agravios:

a) la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02 es meramente dogmática e infundada;

b) la acción era abstracta desde el inicio;

c) el fallo es contradictorio pues reconoce que el plan de asistencia constituye un medio para atender el derecho a la vivienda, entre otros posibles cuya elección corresponde a la Legislatura y al Poder Ejecutivo, pero luego lo cuestiona y lo invalida parcialmente;

d) de los arts. 31, CCBA y 14 bis, C.N., no nace un derecho exigible a continuar siendo asistidos por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente;

e) los arts. 31, CCBA y 14 bis, C.N., no permiten afirmar que las personas tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional;

f) la decisión desconoce que el Poder Legislativo determina en la Ley de Presupuesto los recursos que la Administración puede disponer, y los jueces impactan indirectamente en el nivel de tributación;

g) la exigencia de progresividad establecida en el PIDESC impide la adopción de medidas generales deliberadamente regresivas, lo que no puede predicarse del programa establecido por el dec. 895/02; ni puede considerarse de tal manera el cese de la prestación estatal una vez que los beneficiarios percibieron el monto total del subsidio establecido. La interpretación dada por la sentencia al Pacto desvirtúa el sentido de las obligaciones que surgen de él para los estados parte e interpreta erróneamente las normas involucradas en la causa.

La parte actora contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 161/175 vta., autos principales).

4. La Cámara, previo dictamen de la Asesoría General Tutelar (fs. 177/179 vta.) denegó la concesión del recurso ya que "el recurrente no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional" y por no reunirse los recaudos que permitan la impugnación por "arbitrariedad" de la sentencia (fs. 181 y vta., autos principales).

Contra esa decisión, la Procuración General planteó el recurso de queja que tramita en autos (fs. 46/59). Afirma que en el caso existe cuestión constitucional suficiente pues, al denegar el recurso, la alzada omitió considerar que había fallado en contra de la jurisprudencia de este Tribunal, que prescindió de las constancias de la causa y que la cuestión era evidentemente abstracta, ya que los amparistas quedaron sometidos a las prescripciones del dec. 895/02. Denuncia que los jueces incurrieron en exceso de jurisdicción y arbitrariedad al fallar una cuestión abstracta,

prescindiendo de lo establecido en el art. 14, CCBA, que trae aparejada la lesión a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa de su parte.

A fs. 71/77 la señora Asesora General Tutelar Adjunta dictaminó propiciando el rechazo del recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, el señor Fiscal General Adjunto solicitó el rechazo del recurso de queja interpuesto por el Gobierno, por entender que la quejosa "no efectúa una crítica concreta, desarrollada, fundada y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo" (fs. 79/81 vta.).

5. Luego de llamados los autos al acuerdo, se requirió al recurrente que manifestara cuanto estimase pertinente en relación con la incidencia del dec. 690-GCBA/06 en su pretensión recursiva (fs. 84). La Procuración General expuso que la actora y su grupo familiar se encuentran incluidos dentro del "Programa para familias en situación de calle" establecido por mencionado decreto (fs. 87). Corrido traslado a la parte actora, señaló que las prestaciones mencionadas "corresponden al cumplimiento de la medida cautelar ordenada oportunamente en las actuaciones principales" (fs. 90 y vta.). Por su parte, la señora Asesora General Tutelar Adjunta considera que en tanto la presentación del Gobierno de fs. 87 afirma que la actora y su grupo familiar se encuentran comprendidos en el nuevo régimen, se alteran sustancialmente las circunstancias fácticas y jurídicas que sirven de marco a la acción, e implica el desistimiento de la queja. Además, considera que al haber sido incluida la actora en el programa "la presente cuestión se ha tornado abstracta" (fs. 92/93). En atención a lo expresado por la actora y el Ministerio pupilar, se corrió traslado al recurrente, quien, al contestarlo, acompañó un informe en el que detalla los pagos efectuados a la actora de acuerdo al dec. 690/06 (fs. 96/97) y se remitió "en un todo a dicho informe" (fs. 99).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del GCBA, el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires dictó el dec. 690-GCBA/06 (*BOCBA* nº 2463 del 21/6/2006). El art. 1º del decreto citado deroga expresamente el dec. 895/02, sus normas reglamentarias y complementarias, y crea el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle con el fin de adecuar y mejorar la atención de las familias en estado desamparo habitacional (conf. considerandos, dec. 690-GCBA/06).

Conforme a la regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevivientes a la

interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342*,* entre muchos otros, aplicable al recurso de inconstitucionalidad local), resulta evidente que la pretensión objeto de esta acción judicial —orientada a lograr que el GCBA preste asistencia habitacional a la actora y a su grupo familiar—, no se rige hoy día por el dec. 895/02, sino por el referido dec. 690/06.

Corresponde agregar que esta circunstancia es admitida por el propio recurrente quien ha manifestado que "Cabe aclarar que el dec. 895-GCBA/02 fue reemplazado por el dec. 690-GCBA/06 (*BO,* 2463), desde el mes de julio de 2006, siendo la última la normativa aplicada desde el programa 'Atención para Familias en Situación de Calle'" (informe de fs. 96).

2. En virtud de la referida modificación en el régimen jurídico aplicable a la situación de los amparistas, corresponde examinar cuáles de los agravios expuestos por el Gobierno al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad, mantienen utilidad desde el punto de vista de la decisión que se pretende de este Tribunal y cuáles entrañan aspectos sobre los que un pronunciamiento ha perdido interés.

Así, se advierte con claridad un primer grupo de agravios vinculados estrechamente con la legitimidad del derogado dec. 895/02, cuyo análisis ha devenido abstracto. Esto se deduce de las presentaciones hechas por el GCBA en respuesta a los traslados realizados por el juez de trámite. En la respuesta al primero de ellos (traslado a fs. 84 y respuesta a fs. 86/87), que tenía como objeto que el Gobierno —único recurrente— manifestara la incidencia del dictado del dec. 690/06 sobre su pretensión recursiva, esta parte nada dijo sobre los agravios vertidos con anterioridad. En un traslado posterior, éste acompañó el informe nº 309-PPFSC/07, producido por la Dirección General Fortalecimiento Familiar y Socio Comunitario, en el que se limita a dejar constancia de que los actores se encuentran "incluidos dentro del programa 'Para familias en Situación de Calle'" del dec. 690/07 (fs. 96/99). Si bien ello no constituye un desistimiento de su recurso (conf. art. 874, Cód. Civil), sí es suficiente para entender que el tratamiento de ese agravio ha perdido virtualidad en el estado actual de las actuaciones y aplicar la doctrina mencionada en el punto precedente en cuanto a la falta de actualidad de las circunstancias que fundamentan el pronunciamiento judicial.

En consecuencia, con la derogación del dec. 895/02 luego de pronunciado el fallo recurrido, los planteos relativos a la inconstitucionalidad del art. 6º de esta norma y a la falta de lógica de la Cámara en la interpretación del régimen allí dispuesto carecen de virtualidad, resultando insustancial cualquier pronunciamiento al respecto (art. 30, ley 402), lo que así se declara.

3. No obstante la modificación del régimen jurídico infraconstitucional producido como consecuencia del dictado del dec. 690/06, existe un segundo grupo de agravios del recurrente que mantienen actualidad por tratarse de aspectos contenidos o reproducidos en lo sustancial en la nueva normativa. Esta particularidad que presenta el caso, aconseja acoger el recurso de queja y ponderar aquéllas cuestiones planteadas por la Procuración General que involucran debate de normas constitucionales (arts. 10, 14, 17 y 31 de la CCBA, arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la C.N. y art. 11 del PIDESC) y se asientan sobre una base fáctica similar a la contenida en el decreto derogado, lo que las torna pasibles de un futuro cuestionamiento en los mismos términos.

En este contexto, subsisten y deben ser decididos los planteos referidos a:

1) el carácter abstracto de la pretensión, de cara a las exigencias del art. 14, CCBA; y

2) la interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales y locales y del PIDESC —cuya jerarquía superior fue establecida por las cartas constitucionales de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 75, incs. 22 y 31, respectivamente)— que garantizan el derecho a la vivienda digna.

4. El régimen instituido por el dec. 690/06 crea el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, cuya autoridad de aplicación es la Dirección General de Fortalecimiento Familiar y Socio-Comunitaria, dependiente del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales del GCBA.

Según enuncia el citado decreto en su art. 3º, "(e)l Programa tiene como objeto el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle, fortaleciendo el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y la orientación de aquéllas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional".

De la lectura del artículo se desprende que bajo esta nueva regulación el Estado local se ha autoimpuesto dos obligaciones: *1)* otorgar un subsidio monetario para afrontar el pago de alojamiento, y *2)* orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional.

El art. 5º de la nueva reglamentación prevé, al igual que lo hacía el dec. 895/02, un sistema de subsidios para brindar asistencia a las familias en situación de calle, sujeto a ciertos y determinados requisitos que los solicitantes deben cumplimentar para acceder y que se detallan en los artículos subsiguientes. Expresa el mencionado artículo: "El subsidio crea-

do consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos dos mil setecientos ($ 2.700), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos mil ochocientos ($ 1.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio". De tal manera, y aunque con diferente redacción, el art. 5º vigente establece, al igual que el art. 6º derogado, un límite cuantitativo al subsidio estatal: $ 2.700 (dividido en 6 cuotas) + $ 1.800 (dividido en 4 cuotas). Y aunque las razones de la posibilidad de extensión residen en "la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio", es claro que al vencimiento de las cuotas adicionales nada se prevé.

Sin embargo, según la regulación vigente, la Administración, además de atender monetariamente a los inscriptos en el Programa por un determinado lapso de tiempo, asume el compromiso de orientar a los beneficiarios de tales subsidios en la búsqueda de estrategias superadoras de su situación de carencia habitacional.

El texto del art. 3º es suficientemente explícito en cuanto a que ambas obligaciones deben ser interpretadas en forma conjunta. No basta, según la ley vigente, con la asistencia a través del subsidio, sino que la Administración está obligada a hacer *algo más*. En efecto, las obligaciones mencionadas se correlacionan y suceden con el objetivo de hallar la solución, en cada caso particular, para resolver de manera eficiente la situación de desamparo habitacional. De tal modo, el Estado no se libera de la obligación de asistencia hasta que cumpla con la orientación y búsqueda de estrategias prevista en la segunda parte del art. 3º.

Esta interpretación —que liga ambas acciones debidas por el Estado a un resultado positivo— resulta armónica con la realización del fin constitucional previsto en el art. 31 de la CCBA. En primer lugar, porque se tiene en cuenta la mayor amplitud del compromiso, en los términos del dec. 690/06, destinado a encontrar una solución en materia de tutela social y, además, porque claramente encuentra fundamento en la realidad socioeconómica actual, diferente a la de años anteriores. A la fecha, atenuada la gravísima crisis económica suscitada a partir del año 2001 durante la cual, frente a la falta de demanda de empleo, sólo se pudo atemperar la situación de precariedad en materia de vivienda mediante subsidios, alojamiento en hoteles o en albergues públicos, el Gobierno ha asumido la

tarea de colaborar y guiar a quienes se encuentran en esta situación para solucionar el problema habitacional. Corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a la segunda parte de lo dispuesto en el régimen tutelar previsto en el dec. 690/06.

Debe señalarse, empero, que en el logro de este objetivo, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. En efecto, ni la estrategia a seguir, ni las posibilidades de superación de la situación serán iguales para cada familia del Programa, ni puede imponerse al Gobierno que implemente, en cada caso, la solución "a medida" que requiere cada grupo familiar.

Por otra parte, el éxito de este tipo de programas también reside en la renovación de beneficiarios para así poder atender a la mayor cantidad de personas que pudieran requerir la ayuda estatal.

5. De acuerdo con lo que surge de lo expresado por la actora a fs. 90 y vta. y del informe acompañado por la Procuración General al contestar el requerimiento que efectuara el juez de trámite, en la actualidad, la señora B. y su grupo familiar se encuentran incluidos dentro del programa del dec. 690/06 "en cumplimiento de la medida cautelar recaída en los autos de referencia" (informe de fs. 86), situación que no es contradicha en el informe posterior de fs. 96, que nada expresa respecto al carácter de la inclusión (definitiva y por decisión administrativa o provisorio por resolución cautelar judicial).

En el caso, la situación socioeconómica de los accionantes expresada en la demanda y en el informe obrante a fs. 24/25 de los autos principales, de hace ya dos años, se encuentra suficientemente actualizada según surge del informe agregado al expediente principal a fs. 201/202. De este informe se desprende, en lo que aquí interesa, que: la actora —M. B.— percibe un ingreso de $ 200 por su trabajo; que contribuye al sostén familiar una suma indeterminada que aporta su pareja con la realización de changas; que la señora B. ha realizado trámites para obtener el beneficio previsto en el programa "Ciudadanía Porteña" sin resultado positivo a la fecha y que concurre regularmente a las entrevistas pactadas mensualmente. Consta, además, que toda la documentación requerida ha sido presentada en tiempo y forma.

No surge, a la fecha, ningún otro tipo de acción estatal, dentro del Programa, destinada a encaminar, guiar, elaborar estrategias o ponderar alternativas para orientar a los amparistas en la búsqueda de una solución superadora de su situación de calle.

6. La sentencia de la Cámara, en lo que aquí interesa, dejó en pie la decisión del juez de primera instancia en cuanto ordenó "mantener las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 o la norma que lo sustituya en el futuro", lo cual implica incluir a los actores en el régimen actual, es decir el dec. 690/06.

La demandada planteó desde su primera intervención el carácter abstracto de la demanda y efectuó consideraciones vinculadas con la relación entre la inexistencia de una situación judicialmente tutelable y la interpretación y aplicación del art. 14 de la Constitución local —que establece la base constitucional para la acción de amparo—. Las cuestiones fueron mantenidas y replanteadas en todas las instancias. El planteo, por ende, involucra un caso que versa "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA) y puede ser objeto de consideración por el Tribunal (conf. TSJ *in re*: "Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 843/01, sentencia del 4/5/2001).

Sobre este punto sólo cabe recordar que los actores, antes del dictado de la medida cautelar, no se encontraban ya a cubierto de la asistencia estatal. Fue, precisamente, por la orden del *a quo* que se le restableció la ayuda económica para afrontar el pago de los alquileres. De tal manera, la pretensión no era abstracta *ab initio* ni lo es ahora, ya que pese al tiempo transcurrido no se ha acreditado que la Administración haya incorporado a los actores definitivamente a un programa de asistencia, sino que cumple una sentencia cautelar.

En efecto, es el propio Gobierno demandado el que sostiene —de manera contradictoria— que el pronunciamiento se ha tornado abstracto pues los amparistas se encuentran incluidos en el Programa previsto por el dec. 690/06 "en cumplimiento de la medida cautelar recaída en los autos de referencia" (fs. 86). Está claro que tal acatamiento —que no implica un reconocimiento del derecho que le asiste a los actores— no consiste en atender la pretensión de fondo reclamada como objeto del amparo, ya que procesalmente se trata de situaciones diferentes.

En suma, el cumplimiento que la demandada alega para sostener la inutilidad de un pronunciamiento judicial acerca del reclamo de los amparistas en orden a garantizar la tutela de su derecho a la vivienda, no reúne los recaudos necesarios para producir este efecto ya que, al mantenerse su imposibilidad de acceder por sus propios recursos a una vivienda digna, la pretensión esgrimida en la demanda se mantiene vigente.

No obstante la real situación de los actores que surge del informe de la trabajadora social del GCBA (as. 201/202), la Administración no ha

acreditado haber incorporado en forma definitiva a los amparistas al Programa para Familias en Situación de Calle y, por lo tanto —al no haberle dado el ingreso formal al plan—, tampoco ha cumplido con la obligación complementaria de orientación hacia la búsqueda de una solución habitacional definitiva. En tales condiciones no puede sostenerse que las obligaciones de asistencia habitacional previstas en el art. 3º del decreto que instrumenta el nuevo régimen en materia de vivienda se encuentren cumplidas. y, por tanto corresponde el rechazo del planteo.

7. El diseño del nuevo plan de asistencia habitacional para familias en situación de calle y las particularidades que lo distinguen, en cuanto a las obligaciones que el Gobierno de la Ciudad asume con respecto a los beneficiarios, determinan que los reparos constitucionales efectuados al dec. 895/02 —ya derogado— en cuanto al límite de cuotas y recursos que previstos en él, deben ser abordados —al momento de este pronunciamiento y en el actual estado de cosas— a partir de una interpretación sistemática del dec. 690/06.

Por otra parte, tal como fue dicho en el punto precedente, la actora y su grupo familiar no se han incorporado administrativamente como beneficiarios del Programa pues la atención brindada por la Administración ha sido prestada por haberlo ordenado un juez como medida cautelar. En suma, la incorporación de los actores al citado plan recién comenzará cuando el Gobierno admita formalmente al grupo familiar de la señora B. dentro de las previsiones establecidas en la norma regulatoria por cuanto así lo ordene esta sentencia en forma definitiva.

La suficiencia o insuficiencia del nuevo programa para paliar el riesgo de que los actores se encuentren sin recursos para afrontar el pago del alquiler de su vivienda al vencimiento de las 10 cuotas que establece el art. 5º del dec. 690/06, sólo será pasible de valoración ante la inminencia de su vencimiento. Será en ese momento cuando podrá conocerse: *a)* si la actora y su grupo familiar continúan con la necesidad de asistencia estatal para la satisfacción del derecho a una vivienda digna, *b)* si el Gobierno ha cumplido en brindar la orientación sobre las posibles estrategias para superar la situación y cuál ha sido la actitud asumida por los beneficiarios del Programa y *c)* si el régimen normativo actualmente vigente se mantiene o si ha sido modificado.

Independientemente de la posibilidad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas, máxime en los procesos de amparo, el carácter excepcional de la descalificación constitucional de una norma por parte de los jueces, exige obrar con prudencia y ecuanimidad. Desde tal perspectiva, no parece prudente que, contando los actores con la posi-

bilidad de obtener asistencia estatal durante los próximos diez meses y encontrar la solución definitiva a su problema a partir de la tarea del organismo de aplicación, se efectúe —sobre la base de una situación conjetural— una declaración preventiva de inconstitucionalidad de esta norma, que no aparece censurable en abstracto.

8. Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* admitir la queja y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA y *b)* confirmar las sentencias anteriores en cuanto ordenan "mantener las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 'o la norma que lo sustituya en el futuro'", en la actualidad el dec. 690-GCBA/06; y *c)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de la Dra. Ana María Conde y el Dr. José O. Casás. Tal como afirman mis colegas lo manifestado por el GCBA a fs. 96/99 impone considerar que su comportamiento tornó abstracto parte del proceso en tanto quedó diluido el interés jurídico en expedirse sobre la validez constitucional del dec. 895/02.

2. Por lo demás, los actores requirieron que "se haga lugar a la acción de amparo, ordenándose al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que *nos incorpore a los programas de emergencia habitacional*" (sin itálica en el original). A su turno, la sentencia confirmada por la Cámara ordenó al GCBA que "mantenga las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 (o la norma que lo sustituya en el futuro) tendientes a asegurar el alojamiento de los amparistas y el cumplimiento de los demás objetivos previstos en el citado decreto o en el plan asistencial que eventualmente los sustituya, *en cuanto a la superación del estado de emergencia habitacional en que se hallan* (...)" (sin itálica en el original). Y, el demandado en su recurso, negó que asista a los accionantes el derecho a percibir el beneficio solicitado más allá de la previsión temporal establecida en el dec. 895/02, es decir, con carácter excluyente del subsidio creado por el dec. 690/06.

Las características de la pretensión articulada en autos y de la sentencia que, en lo que ahora importa, acordó *ex nunc* el derecho reclamado, impone analizar la normativa que establece, en la actualidad, las condiciones de acceso y alcance del programa habitacional vigente (v. gr. dec. 690/06). En este sentido, tal como afirman mis colegas jueces Casás y Conde, carece de interés expedirse en relación con el régimen del dec. 895/02. Lo

contrario supondría desconocer la regla según la cual nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de las normas. La procedencia de la referida pretensión viene rechazada por el recurrente pues, según sostiene, luego de haber otorgado los beneficios del dec. 895/02 no existe obligación pendiente a su cargo.

3. En su recurso, el GCBA sostiene que "[e]l juez no explicó por qué los plazos de vigencia de los planes son contrarios a la ley fundamental" así como que "[n]i el juzgador, ni la Sala I hacen referencia alguna sobre la no concordancia, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de las normas involucradas en la especie con el bloque de constitucionalidad" (fs. 35 y vta.). También objeta el alcance asignado a los arts. 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. porque, a su criterio, esas cláusulas "establecen principios y programas y reconocen expresamente que ellos deben implementarse progresivamente" (fs. 37).

La polémica acerca de la operatividad de normas, en lo que ahora importa, del art. 31 de la CCBA, es de larga data. Aun cuando alguna doctrina parece arrimar a la idea de que existe algún obstáculo lógico para incorporar normas con contenido operativo a una constitución, no veo que objeción de esta especie haya tenido expresión sólida. No es difícil concebir una norma que imponga al estado una prestación de dar, más aun, no se discute que esto es posible a nivel legislativo. No sería inconcebible, entonces, la incorporación de aquel mandato a un cuerpo de reglas no susceptible de modificación por órganos permanentes del sistema de gobierno. Tampoco parece dudoso que este tipo de compromiso del pueblo que se da su constitución, hacia algunos de sus componentes, o aun hacia quienes permanecen extranjeros a él, tiene consecuencias sistémicas. Consecuencias que no pueden ser soslayadas por la fuerte carga emotiva que frecuentemente contiene el lenguaje constitucional, propio de la alta función a la que está destinada una Carta Magna, y del elevado contenido ético que la inspira. La vehemencia de una cláusula constitucional no permite ignorar que su significado debe determinarse en armonía con las partes restantes de la constitución, porque ninguna disposición puede ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice los artículos de un cuerpo normativo y no la que los coloque en pugna.

Los compromisos de brindar prestaciones dirigidas a aliviar carencias suponen inexorablemente afectación de recursos. Esos recursos pueden surgir en un primer momento de quienes han resuelto darse la constitución, pero, a poco andar, provendrán de quienes no participaron en su emisión, aunque sí, por medio de sus representantes, en los procesos legislativos que dan origen legítimo a los impuestos que, a su turno, posibi-

litan las prestaciones referidas.[24] Un sistema en el que la decisión de contribuir fuera adoptada por el pueblo en un momento inicial, pero, no mantenida a medida que transcurre el tiempo no cumpliría con el principio según el cual no puede haber impuesto sin consentimiento prestado por los representantes de la voluntad general rusoniana. En otras palabras, sería incompatible con el principio de la soberanía del pueblo, que la CCBA está obligada a observar, más allá de las convicciones de su pueblo, a todas luces democráticas, por imperio de los arts. 5º y 33 de la C.N. Incorporar mandatos a los textos constitucionales no implica borrar los mecanismos previstos para afectar recursos en el marco de un presupuesto que propone cómo atender el interés público, conforme a las necesidades existentes, para que sea aprobado por el legislador en su carácter de órgano representativo.

Ello pone al intérprete en el deber de formular soluciones que armonicen solidaridad y democracia, cuyas direcciones no siempre coinciden. No es ocioso recordar que nuestros sistemas tributarios, tanto el nacional como el de la Ciudad, tienen características regresivas que suponen difundir las cargas de que hablamos entre personas no necesariamente mucho mejor colocadas en cuanto a la satisfacción de sus necesidades. De ahí que aumentarlas constituya una grave responsabilidad, en términos prácticos.

Una segunda característica de la incorporación de esta especie de derechos en una constitución es que no es habitual —aunque tampoco imposible— formularlos de modo que, junto con el deber de brindarles tutela, los jueces recibamos reglas o estándares para controlar que su efectiva consagración, que necesariamente involucra alguna distribución de recursos escasos, no sea fruto de una decisión política que aleje la función desarrollada de la que tradicionalmente concebimos como judicial.[25] En otras palabras, que el parámetro constitucional le dé al juez una herramienta apta para revisar el criterio de distribución de los recursos asignados, como en el caso a vivienda, sin desnaturalizar la función judicial para convertirla en política. Con ello, o si se prefiere sin ahuyentar ese peligro, nuevamente, podríamos estar alejándonos del mandato del art. 33 de la C.N., no ya por la vía de afectar los recursos sino por la de decidir cómo afectarlos. En este terreno, la cuestión es bastante más difícil de decidir, porque el margen de intervención judicial resultaría, como principio, antes bien de la omisión legislativa

[24] Esto es así, a menos que imaginemos una ayuda solidaria solventada con recursos ya acumulados al tiempo en que la constitución es sancionada.

[25] El tema de los estándares susceptibles de ser descubiertos y aplicados con técnicas judiciales fue tratado en el precedente "Baker v. Carr" (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina quedo recogida por la CSJN a partir del fallo "Zaratiegui, Horacio c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/nulidad de decreto" (*Fallos,* 311:1191).

de fijar patrones, que de la voluntad judicial de apropiarse de la potestad de crearlos en vez de extraerlos de las normas.

No intento agotar el asunto porque no es indispensable definirlo para resolver el *sub lite,* aunque sí advertir que no es de solución simple. Los planes habitacionales bajo análisis, suministran pautas que los jueces podemos controlar para arribar a una decisión como la solicitada en autos.

4. El art. 31, inc. 1º de la CCBA manda: "[resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos".

Este texto brinda pautas a las que deben acomodarse los órganos políticos. Por una parte, prioriza la necesidad habitacional por sobre otras. A su turno, prevé que las soluciones que ponga progresivamente en marcha el estado local deben privilegiar el acceso de las personas según pautas que indica inequívocamente, si bien librando ciertos ajustes a decisión de los poderes políticos encargados de dar carnadura al mandato.

Por su parte, para ejecutar ese mandato constitucional la Administración, asumiendo la interpretación que le corresponde formular para concretar la competencia a su cargo, estableció las prioridades ponderables para asignar el subsidio habitacional. El dec. 690/06 prevé:

> Art. 7º — Para la determinación del monto a otorgar, la autoridad de aplicación debe tener en cuenta las siguientes condiciones:
>
> *a)* composición de la familia, considerando en especial los casos de familias monoparentales a cargo de la mujer,
>
> *b)* situación de empleo de los miembros del grupo familiar,
>
> *c)* que el grupo familiar se encuentre compuesto por personas con capacidades especiales, menores en edad escolar, o personas con enfermedades prolongadas y/o graves, mujeres en período de gestación,
>
> *d)* ingresos per cápita,
>
> *e)* cantidad de miembros que componen el grupo familiar,
>
> *f)* si se trata de un grupo familiar en situación de riesgo.

A la luz de estas pautas debemos examinar la cuestión que propone la recurrente. Vale comenzar por preguntarnos cómo medir las necesidades a fin de efectuar la ponderación que manda la norma. Parece una verdad de Perogrullo que las necesidades deben ser medidas en cada oportunidad o, para decirlo de otro modo, cuando existen. No cabe comparar la necesidad del sujeto A en el momento t1 con la del sujeto B en el momento t2. Debemos, en cambio, medir la de A y B en el momento t que corres-

ponda a la prestación que el estado ejecute. Desde ese ángulo, aunque quepa quizás afirmar que las necesidades de A, que percibió la totalidad del monto estipulado por el dec. 690/06 en las cuotas previstas, puedan ser presumidas iguales o menores que las de B, cuyas condiciones personales suponemos iguales al solo fin del ejemplo. Empero, profundizando el análisis, puede verse que las necesidades de un grupo familiar C con niños, que ha cobrado y gastado la suma considerada son, a la luz de criterios objetivos recogidos en la CCBA y en tratados internacionales (v. gr. arts. 3º, 4º, 5º y 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño), mayores que las del individuo solo, suponiendo iguales las restantes circunstancias. Es que haber recibido una ayuda en el pasado no resuelve el problema del presente, especialmente cuando la ayuda no está destinada a terminar el problema sino, a lo sumo, a paliar momentáneamente sus efectos. En tales condiciones, una regla que prioriza al solitario A por sobre el grupo C porque ya ha consumido el subsidio quiebra las pautas que la CCBA prevé para el programa que propicia.

La discontinuidad del subsidio no es *per se* el problema, ni corresponde al poder judicial expedirse sobre la idoneidad de la política que implementan los planes sociales destinados a superar el déficit habitacional. En cambio, la pauta en función de la cual se administra el beneficio requiere y admite control a la luz de las directivas que surgen del transcripto art. 31 de la CCBA cuando vienen controvertidas por parte legitimada. Las constancias de autos acreditan que la Administración, por un lado, no otorga la extensión del subsidio a la parte actora —en el caso, una familia biparental, con hijo menor escolarizado— aunque el plan social en el que el beneficio se inscribe subsista con similares características (v. gr. dec. 690/06) y, por otro, ello ocurre sin que quede demostrado que los nuevos beneficiarios del programa ostentan una situación de mayor vulnerabilidad que la de los accionantes (vgr. en nuestro ejemplo acceso al programa de A con desplazamiento de C). Mientras que el egreso del programa evaluado a la luz de los parámetros previstos por el art. 31 de la CCBA y su reglamentación, asegura que los recursos presupuestarios asignados a solucionar progresivamente el problema habitacional, necesariamente finitos, resultan congruentes con una distribución que atiende el nivel de exposición del beneficiario, aplicar el decreto de modo automático y sin otra prioridad que, por ejemplo, el orden de llegada al registro de beneficiarios vulnera pautas mínimas de razonabilidad. Es deber de la autoridad de aplicación mostrar que la discontinuidad del beneficio recibido por la familia B.-M. no queda decidida a favor del ingreso de, por ejemplo, un adulto soltero sin necesidades especiales o, en general, de alguien en mejor posición que los accionantes. En tal contexto, entonces, era deber de la Administración aplicar a los actores la prioridad de acceso al beneficio de un

modo que conjugue las previsiones del dec. 690/06 (v. gr. arts. 3º, 5º, 7º y concs.), las directivas del art. 31 de la CCBA y las disposiciones de tratados internacionales como las ya citadas.

5. Aquella reglamentación que en ocasión de ser aplicada desatienda la pauta enunciada, vulnera un mandato constitucional (art. 31, CCBA). Este es el fundamento por el que corresponde rechazar los agravios del recurrente orientados a demostrar que, tal como esa parte lo califica, el amparo impetrado es abstracto porque el GCBA brindó a los accionantes los beneficios del dec. 895/02 con el alcance previsto en el art. 6º de esa norma (análogo al art. 5º del dec. 690/06). La defensa de la parte demandada no supera el estándar expuesto en el punto precedente y, en consecuencia, debe ser rechazada.

6. Las constancias de autos acreditan que el GCBA efectuó pagos a la parte actora, que imputó al programa "Para Familias en situación de Calle", creado por el dec. 690/06. La conducta de la demandada, como sostienen en sus votos los Dres. Casás y Conde, no permite tener por cumplida la pretensión de la actora porque la familia B.-M. nunca fue formalmente incorporada al plan. Por tanto, el amparo no devino abstracto. En cambio, la actitud asumida por el GCBA deja en claro que el subsidio, desde julio del 2006 en adelante, fue solventado con las partidas cuya ejecución corresponde imputar al dec. 690/06.

Así las cosas, cabe entender que los accionantes quedaron incorporados al programa del dec. 690/06 desde que entró en vigencia. Dicho esto y como, según informa la demandada, los actores recibieron seis cuotas hasta el mes de diciembre de 2006, resulta necesario establecer, para resolver los agravios de la recurrente, cuál es el alcance temporal del beneficio en cuestión pues la sentencia dispuso que debería prolongarse hasta tanto se lograra "la superación del estado de emergencia habitacional en que se hallan" los actores. Ello, en contra de la postura asumida por la demandada, contraria a sumar mayores beneficios que los ya otorgados a los actores en concepto del plan creado por el dec. 895/02.

El art. 5º del dec. 690/06 dispone, en lo que ahora importa, que el subsidio consiste en el pago de seis cuotas pudiendo la autoridad de aplicación ampliarlo con un máximo de otras cuatro cuotas. Si desde julio de 2006 al día de la fecha los accionantes percibieron pagos (v. gr. no menos de diez cuotas correspondientes al período julio 2006/abril 2007) que, conforme dije, deben ser imputados al programa creado por el dec. 690/06, no perdió actualidad el debate en torno a la pretensión original de los actores receptada por la sentencia de mérito en los términos *supra* indica-

dos y la objeción del recurrente de conceder a los actores más subsidios habitacionales que los ya percibidos.

La modalidad temporal establecida por el mencionado art. 5º no provoca, necesariamente, la extinción del subsidio pues corresponde verificar, para que ello ocurra, el cumplimiento de las condiciones derivadas de los arts. 3º y 7º del dec. 690/06.

La defensa del GCBA, no controvierte que estén reunidos los requisitos establecidos en el dec. 690/06 para recibir el subsidio allí previsto.

Menos aún indica la demandada por qué motivos podría tenerse por cumplida, en el caso, la previsión del art. 3º del dec. 690/06, según la cual, la Administración debe orientar a las familias en situación de calle "en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional". El giro que asume la política para superar el déficit de vivienda a partir de la vigencia del dec. 690/06 no es menor. A diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior (v. gr. art. 10 del dec. 895/02) la propuesta de salida estable que condicionaba la extensión del subsidio, ahora, no está exclusivamente a cargo del beneficiario sino que requiere que la Administración brinde orientación en la materia. La discontinuidad del subsidio queda ligada a una actividad conjunta del requirente y la autoridad de aplicación para superar la situación de calle.

Además, el egreso del sistema asistencial, reitero, deberá probar que idéntico beneficio no se acuerda a sujetos menos vulnerables que aquellos que consumieron el estipendio previsto por el art. 5º del dec. 690/06 asignado según las prioridades previstas por el art. 7º de esa norma (ver punto 4).

Todo lo dicho es suficiente para resolver el recurso del GCBA sin que sea necesario expedirse sobre los restantes planteos formulados por la recurrente. En consecuencia, voto por admitir la queja en relación con la interpretación del art. 31 de la CCBA, hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de Cámara (fs. 32) —que, a su vez, confirma la de primera instancia— en cuanto ordena "mantener las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 'o la norma que lo sustituya en el futuro'", en la actualidad el dec. 690-GCBA/06 e imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado (art. 14, CCBA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso directo interpuesto a fs. 46/59 fue deducido en tiempo. Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA y en el

art. 34 de la ley 402— no es una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino, antes bien, una impugnación primera, autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

Así lo dije en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4270/05, resolución del 23/5/2006), en coincidencia con numerosos precedentes del Tribunal que fijó como requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

El escrito del GCBA, en el caso de autos, no satisface la condición indicada. En efecto, la presentación en análisis reproduce básicamente las manifestaciones y argumentaciones ensayadas a fs. 33/42 vta. sin que logre en lo que resta del texto refutar el criterio por el cual la Cámara no admitió el recurso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el recurso directo debe ser rechazado.

3. No dejo de advertir que la cuestión de fondo que se debate en autos es análoga a la de la causa "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 4568/06, resolución del 9/8/2006. Sin embargo, en el expediente traído a resolución en esta oportunidad, la debilidad manifiesta de la queja, que señalara más arriba, obsta el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad y me inhabilita, en consecuencia, para formular las consideraciones que expuse en el precedente citado.

4. Por las razones expresadas, voto por no hacer lugar al recurso directo intentado por el GCBA.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Estimo que le asiste razón a la señora jueza Alicia Ruiz cuando objeta el recurso de queja por insuficiente. En efecto, es conocida la necesidad de quien recurre en queja de criticar autónomamente la resolución de rechazo dictada por el tribunal de la causa (ver fs. 181 y vta.). Así lo ha hecho el GCBA, a mi juicio, a través de argumentos que no superan la mera referencia formal o que, derechamente, no resulta posible admitir.

2. En primer lugar, la queja se funda en un supuesto deber de la Cámara de seguir las soluciones que emergen de la sentencia dictada por el TSJ. Este deber no existe —salvo el caso específico de la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* por vía de la acción contemplada en

el art. 113, inc. 2º de la CCBA y, aun en tal supuesto, después de transcurrido cierto tiempo—, ni emerge de interpretación alguna de la ley, menos aún de la ley constitucional. Por lo tanto, resulta impracticable sobre esta base fundar un recurso de inconstitucionalidad.

3. Por lo demás, ya tengo dicho que la *arbitrariedad* no es un motivo específico del recurso de inconstitucionalidad, así como he procurado advertir acerca de los graves inconvenientes que derivan de confundir este supuesto motivo con aquello que significa jurídicamente la palabra *agravio* en el ámbito de los recursos contra decisiones judiciales (ver mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Kislak, Pablo Carlos y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/responsabilidad médica'", expte. nº 4081/05, sentencia del 30/11/2005, entre muchos otros).

En las opiniones citadas puede observarse que mi aceptación de alguna tacha de arbitrariedad, como motivo constitucional, es sumamente limitada e, incluso, particularmente restrictiva con relación a la opinión de mis colegas del Tribunal. Yo estimo que la sentencia de la Cámara, criticada por el recurso de inconstitucionalidad, no está "desprovista de todo apoyo" y "fundada tan sólo en la voluntad de los jueces", según otra de las críticas casi abstractas que dirige el demandado a la resolución que rechaza su recurso. La sola lectura de la sentencia de la Cámara da cuenta de sus fundamentos, apoyados en la ley, más allá del acierto o desacierto de sus conclusiones, conforme a las interpretaciones de las partes.

4. La circunstancia apuntada se desnuda en la siguiente crítica, que atribuye al rechazo de la Cámara "arbitrariedad fáctica y normativa en razón que surge de las constancias de autos y de las probanzas que fueron arrimadas a la causa que el GCBA había cumplido con relación a los actores..." (fs. 47). Es del caso reiterar, casi hasta el cansancio, que meras discrepancias del recurrente con la valoración de elementos probatorios o con la interpretación del derecho común (infraconstitucional) son insusceptibles de fundar un recurso de inconstitucionalidad (conf. mi voto *in re* "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 3264/04, resolución del 23/12/2005, entre múltiples otros casos).

5. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la presentación directa del GCBA de fs. 46/59.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Confirmar* la sentencia impugnada en cuanto ordena "mantener las prestaciones previstas en el dec. 895-GCBA/02 'o la norma que lo sustituya en el futuro'", en la actualidad el dec. 690-GCBA/06.

3º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RÍOS, CLAUDIA ALICIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA. Requisitos para la procedencia de la acción de amparo. Obrar diligente del amparista. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la conducta estatal lesiva. Perjuicio ocasionado por la dilación del procedimiento ordinario. Empleo público. Médico. Servicio de guardia. Derecho a un mínimo de horas semanales en la planta del hospital. Interpretación de normas infraconstitucionales. Necesidad de producir un debate de mayor amplitud.

Expte. nº 4959/06 - 2/5/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Claudia Alicia Ríos, médica que se desempeña en el servicio de guardia del Hospital General de Agudos "Dr. Carlos G. Durand" de la Ciudad de Buenos Aires, fue designada con carácter interino por concurso como profesional en la guardia médico de día domingo, planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/8 vta.). La actora expresó que, no obstante sus reiterados reclamos administrativos, no recibió una respuesta satisfactoria. Por su parte, al justificar la elección de la vía del amparo, ella ofreció el siguiente argumento: "toda vez que *de hecho se encuentra obturado cualquier reclamo en sede administrativa,* siendo que deviene *inútil la prosecución de aquella vía,* este amparista se encuentra en la *necesidad* de acudir directamente ante V.S. en *reclamo* de justicia *efectiva* y *eficaz* a través de la promoción del presente remedio procesal informado Constitucionalmente, toda vez que una eventual acción ordinaria no lograría satisfacer en debido tiempo la *Extensión Horaria* pretendida, con el consabido *carácter alimentario* que implica la *compensación salarial* correspondiente al incremento horario peticionado" (*sic*, fs. 5 vta.). Solicitó, como medida cautelar "[s]e *ordene el inmediato pago retroactivo* de todas las sumas correspondientes a los *períodos* en que *debió darse cumplimiento* al incremento horario..." (*sic*, fs. 7 vta.; énfasis en el original).

2. Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley 16.986), el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal (extemporaneidad de su interposición y falta de acreditación de la ineptitud de otras vías judiciales), como por su improcedencia sustancial (fs. 10/16 vta.).

3. La sentencia de primera instancia desestimó la defensas formales planteadas por el Gobierno, y, en cuanto al fondo, concluyó en que el art. 6º del dec. 282/96 es una norma de carácter permanente que establece el derecho de todos los profesionales que se desempeñen en las guardias de los días domingo a cumplir un horario en planta de doce horas semanales. Por consiguiente, hizo lugar a la demanda y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a extender el horario de la demandante con doce horas en planta (fs. 17/21 vta.).

4. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 22/29 vta.).

En el memorial de agravios cuestionó la admisión de la pretensión por la vía del amparo, ya que no se presentaban los recaudos constitucionales de "arbitrariedad e ilegalidad manifiestas" y "actualidad del perjuicio", necesarios para su viabilidad. Agregó que el caso sólo plantea una cuestión salarial. También se agravió por la interpretación dada por el *a quo* al dec. 282/96, ya que, afirmó la Procuración, el decreto estuvo destinado a solucionar, con carácter transitorio, problemas en el servicio de salud pública existentes al momento de su dictado. Sostuvo que la norma establecía la prolongación de 12 horas sólo para un universo definido de destinatarios: quienes en ese momento se desempeñaban en el sector de urgencias en días domingo, entendiendo que el art. 6º se refería a la situación preexistente, la que debía regularizarse en un plazo no mayor de dos años según lo establecía el propio artículo —plazo que ya se ha cumplido.

5. La parte actora no contestó el traslado del memorial de agravios (véase el "Visto" de la sentencia de Cámara, fs. 30).

6. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, rechazó el recurso del Gobierno.

Para así decidir consideró que "el juez de primera instancia basó su decisión en el hecho de que, por tratarse de una omisión, no existe certeza sobre el momento a partir del cual comenzó a correr el término establecido en el art. 2º, inc. e) de la ley 16.986 y, tratándose de una violación con efectos permanentes, la vía se encontraba habilitada. Tales argumentos no fueron adecuadamente objetados por la recurrente, quien se limitó a reiterar que la actora ingresó a trabajar en agosto de 2003. Por ello, este planteo habrá de ser declarado desierto".

Tras reseñar la evolución del régimen normativo, concluyó —en forma sustancialmente coincidente con la sentencia de primera instancia— que "del decreto analizado surgen dos clases de disposiciones, a saber; unas, de carácter permanente; otras, transitorias. En efecto, mientras que algunas se refieren a contemplar situaciones temporarias y tienen por destinatarios a profesiones de los días domingo designados bajo el régimen del dec. 6395/87, otras tienen vocación de permanencia por cuanto tienden a la reglamentación del funcionamiento de la atención de la urgencia en los días domingo" (...) cabe disentir con la parte demandada cuando interpreta que el art. 6º del dec. 282/96 consagra una solución transitoria de aplicación a aquellos profesionales de guardia designados bajo el régimen del dec. 6395/87 (...) a diferencia de otras normas del citado decreto [el art. 6º] reviste carácter permanente, lo que además resulta corroborado por sus términos, en cuanto en forma imperativa prescribe que todos los profesionales que se desempeñen en el Sector de Urgencia en los días domingo deberán cumplimentar un horario mínimo en planta de doce (12) horas semanales (...) Con relación

a la pauta temporal que contiene el artículo en cuestión, en cuanto prescribe que la prolongación se efectivizará en un plazo no mayor de 2 años de su dictado, es necesario señalar que tal previsión no avala la postura de la parte demandada (...) Así, en el caso de los profesionales de los hospitales transferidos, la aplicación del nuevo régimen exigía —a fin de cumplir un horario mínimo en planta de 12 horas semanales— que se prolongue su horario en esa cantidad de horas. Ahora bien, teniendo en cuenta la 'existencia de limitados recursos presupuestarios que dificultan efectuar modificaciones al stock de vacantes de dotación del Sistema de Atención de Urgencia' (conf. considerando dec. 282/96) el artículo en análisis estableció un plazo para que la referida ampliación se hiciera efectiva. Es decir que operado el vencimiento del plazo de dos años previsto por el art. 6º del dec. 282/96, 'todos los profesionales que se desempeñen en el Sector de Urgencia en los días domingo deberán cumplimentar un horario mínimo en planta de doce (12) horas semanales' (...)" (fs. 30/35 vta.).

7. Contra la sentencia de la Cámara, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 36/51 vta.).

En sus fundamentos expuso y desarrolló agravios sobre la base de dos cuestiones principales: *a)* la sentencia efectúa una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA; y *b)* la interpretación del art. 6º del dec. 282/96 es arbitraria.

Ambas cuestiones traerían aparejadas la lesión de la garantía constitucional al debido proceso y al principio de división de poderes —ya que la sentencia se arroga facultades propias del Poder Ejecutivo y de la Legislatura.

8. La Sala I denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (fs. 58/59 vta.) dado que "la recurrente no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un genuino caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior" y por no configurarse los extremos que permiten admitir el recurso por arbitrariedad de sentencia.

9. Ante la denegatoria, la Procuración General interpuso el recurso de queja agregado a fs. 61/76.

En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja, por no demostrarse la existencia de causa constitucional (fs. 81/84 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa

"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

Por ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad. En consecuencia, voto por *i)* admitir el recurso de queja interpuesto por la demandada en cuanto contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, con costas al Gobierno.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

El asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/amparo" (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006.

En dicha oportunidad, resolví sobre la base de dos argumentos centrales. En primer término, sostuve que el agravio del GCBA, referido a su impugnación de la hermenéutica efectuada por la Cámara de la ordenanza 41.455, los decs. 6395/87 y 282/96, y de la resol. 609-SHyF/05, invocados por la actora en sustento de su pretensión, no permite articular un caso constitucional. Por lo contrario, este agravio expresa una mera discrepancia interpretativa acerca del significado de reglas infraconstitucionales. En segundo término, expresé que lo contrario sucede con el agravio procesal del GCBA, relativo a su objeción al procedimiento llevado a cabo según las reglas del amparo (art. 14, CCBA), en un caso en que se imponía la aplicación de las reglas del proceso de conocimiento respectivo. En efecto, se trata de un litigio por "empleo público" que no manifiesta la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados, o el daño grave o inminente a un derecho constitucional o legal, que deba ser restablecido de inmediato. En suma, ni una u otra condición del amparo están presentes en estos casos.

Debido a ello, y por los mismos fundamentos, corresponde decidir de la misma manera, a saber: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja planteada por el GCBA con referencia a la aplicación del art. 14 de la CCBA para definir las respectivas pretensiones y también el recurso de inconstitucionalidad que esa queja supone, revocando la sentencia de la Sala I de la Cámara; *b)* rechazar parcialmente la queja con relación al agravio referido a la interpretación de las reglas infraconstitucionales aplicadas.

Las costas del proceso deben ser soportadas por su orden (art. 14, cuarto párrafo, CCBA), a pesar de que yo he considerado incorrecta la vía

del amparo, pues la utilización de este procedimiento fue, como realidad, incontrastable.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga —con los matices propios de cada caso—, a la resuelta por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

Por ello, y por razones de brevedad, nos remitimos a los fundamentos que exteriorizamos en aquélla oportunidad, y que nos llevaron —al igual que en el presente caso— a concluir que corresponde: *a)* admitir parcialmente la queja con relación a los agravios planteados en punto a la interpretación del art 14 de la CCBA y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado a partir de esa regla; *b)* confirmar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad por la Cámara, con relación a todos los demás agravios de la impugnación; *c)* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por Claudia Alicia Ríos (ley local 402, art. 31), y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Los agravios expresados en la queja del GCBA apuntan, por una parte, a la elección de un procedimiento inaplicable y, por la otra, a la interpretación que la sentencia asigna al art. 6º del dec. 282/96, que la recurrente estima arbitraria, violatoria del principio de división de poderes, que funda en lo dispuesto en los arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA, y del art. 43, CCBA, en cuanto dispone que el ingreso y promoción en las carreras por especialidad se realiza por concurso público. En lo relevante, dichos agravios resultan sustancialmente análogos a los traídos a conocimiento de este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006. En dicha oportunidad sostuve que los agravios del GCBA no suscitaban la intervención del TSJ puesto que *i)* el referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aún cuando altamente significativo, no versaba acerca de la sentencia definitiva pues no se dirigía a demostrar de qué manera ésta pudo resultar afectada por el proceso adoptado, *ii)* el referido al principio de división de poderes carecía de relación directa con las garantías constitucionales invocadas, constituyendo, en tales condiciones, una mera discrepancia con el criterio utilizado por el *a quo* al interpretar

el art. 6º del dec. 282/96, que no exhibía vicios que permitieran considerarlo arbitrario, y, finalmente, puesto que *iii)* la invocación del art. 43, CCBA realizada por la recurrente era el fruto de una reflexión tardía, realizada por primera vez ante este tribunal.

El agravio relativo a la falta de acreditación del desempeño de la actora como profesional de guardia de días domingo no resulta atendible, toda vez que fue expuesto por vez primera en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA. A su turno, su tratamiento remite a cuestiones de hecho y prueba propias de los jueces de mérito, y ajenas al ámbito de competencia de este Tribunal en el marco del recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, conforme mi voto *in re* "Akrich", al que cabe remitirse en honor a la brevedad, voto por rechazar el recurso de queja articulado.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir parcialmente* el recurso de queja y *hacer lugar,* con similar alcance, al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA.

2º. *Confirmar* el rechazo del recurso de inconstitucionalidad en relación con los restantes agravios.

3º. *Revocar* la sentencia apelada y *rechazar* la demanda de amparo interpuesta por Claudia Alicia Ríos.

4º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 29/11/2006, dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", mencionada en los fundamentos.

5º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado.

6º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 4 y se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

En el mismo sentido se resolvió en las causas nº 4934/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Polar Puig, Oscar Carlos Roque c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" y nº 4955/06, "GCBA

s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Schajnik, Roxana Judith c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", también del 2/5/2007.

LV

"SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES SOCIEDAD DEL ESTADO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MARTITEGUI, EDGARDO ANÍBAL C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Requisitos. Fundamentación autónoma. Sentencia definitiva. Excepción de incompetencia. Sentencia equiparable a definitiva cuando se deniega la jurisdicción federal. Cuestiones de hecho y de derecho procesal. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 4861/06 - 2/5/2007

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (en adelante SBASE) interpone recurso extraordinario federal (fs. 185/2005) contra la decisión de fecha 14/2/2007 (fs. 171/177) por la que el Tribunal decidiera desestimar la queja oportunamente impuesta.

El recurso es contestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, codemandado en autos, que solicita su rechazo (fs. 211/216 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Aunque interpuesto en tiempo y forma, el recurso planteado por SBASE no puede ser admitido, pues no se dirige contra una sentencia definitiva (conf. art. 14, ley 48).

La resolución de la Cámara de Apelaciones que dio lugar al planteo por SBASE del recurso de inconstitucionalidad (y la posterior queja por denegatoria de aquél), fue la que confirmó el rechazo dispuesto en prime-

ra instancia de la excepción de incompetencia que ella planteara. La sentencia del Tribunal, que SBASE impugna mediante el recurso extraordinario federal, desestimó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

Como lo sostuve en mi voto —al que me remito para evitar reiteraciones innecesarias—, la decisión que la sociedad estatal pretendió someter a decisión del Tribunal e intenta ahora que sea revisada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *no es una sentencia definitiva*.

2. Más allá de mi discrepancia con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia referido al carácter equiparable a definitiva de la sentencia que deniega la jurisdicción federal (señalada en el punto 1 de mi voto en el fallo recurrido), la recurrente no reclama la *jurisdicción federal*. Requiere, como se dijo en el fallo cuestionado, la intervención en el caso de la *justicia ordinaria* (nacional en lo civil).

La referencia del actor acerca de que la cuestión ya fue resuelta por la Corte Suprema en el fallo que acompaña a su presentación (fs. 181/184) resulta insuficiente para fundar el recurso. Por un lado, porque no satisface el requisito formal de fundamentación autónoma establecido en el art. 15, ley 48, la mención de los considerandos del fallo que cita el recurrente —y cuya copia agrega—: "forman parte del presente recurso como parte integrante del presente escrito razón por lo cual en mérito a la brevedad me remito" (fs. 203). Por otro, porque sustancialmente los casos son distintos y el actor no ha tomado a su cargo justificar la intrascendencia de las marcadas diferencias que ambos casos presentan. Así, se constata que en el precedente invocado por el recurrente la demanda fue iniciada en el año 1991 ante la justicia nacional, se trataba de un siniestro laboral y la decisión de incompetencia fue adoptada en un estado avanzado del proceso, luego de 10 años de tramitar ante esa jurisdicción, todas ellas circunstancias diferentes a las de este caso, que impiden la aplicación directa de la doctrina emergente, eventualmente, del fallo mencionado.

En verdad, SBASE *no expresa algún agravio* que cuestione, tan siquiera mínimamente, los argumentos por los que el Tribunal consideró que no son equiparables una y otra situación (la denegatoria de la jurisdicción federal con la del fuero ordinario nacional en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires) para aplicar la doctrina de la Corte Suprema referida a la "denegatoria del fuero federal" como supuesto de excepción al requisito de la sentencia definitiva. El recurso planteado, por tanto, resulta infundado. También por esa razón corresponde su rechazo.

3. Además, cabe recordar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran la impro-

cedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales mediante fundamentos de hecho y de derecho procesal que bastan para sustentarlos, no son revisables en la instancia extraordinaria (*Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:101, entre muchos otros).

4. En cuanto a la admisibilidad del recurso por la "arbitrariedad" de la sentencia, resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece: "La invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos,* 276:366; 304:749; 304:1717; 306:1679; 312:311).

5. Finalmente, no deja de llamar la atención que SBASE, sociedad del Estado (local), cuyo único accionista es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuya actividad se vincula con la prestación de un servicio público eminentemente local, rechace la intervención de los jueces establecidos por la Constitución y por las leyes de la Ciudad a la que pertenece y que —por cierto consecuentemente— pretenda que un órgano del poder federal —la Corte Suprema de Justicia de la Nación— admita su planteo de que el caso tramite ante jueces del Estado nacional.

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto, con costas.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier. Como dije en oportunidad de resolver la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, no puede aplicarse la doctrina de la CSJN que equipara a definitiva la sentencia que deniega la competencia del fuero federal a aquellos otros supuestos en que se dirime la competencia entre un juzgado que, aunque parte del Poder Judicial de la Nación, ejerce atributos locales y otro perteneciente a la justicia local.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Me adhiero a la solución que propicia el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en el sentido de denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (SBASE) a fs. 185/2005.

2. El 14/2/2007, el Tribunal Superior rechazó la queja oportunamente presentada por SBASE debido a la ausencia de sentencia definitiva (o equiparable).

En aquella oportunidad, se señaló que la Sala I de la CCAyT había resuelto no conceder el recurso de inconstitucionalidad pues la decisión entonces impugnada —confirmatoria de la de primera instancia que, a su turno, había rechazado la excepción de incompetencia del fuero local— no era definitiva ni podía ser equiparable a ella.

3. El recurso extraordinario federal de SBASE sólo constituye una reedición de las cuestiones que la recurrente planteara en sus escritos anteriores (queja y recurso de inconstitucionalidad) y que recibieran tratamiento y solución por parte del TSJ.

Como lo pone de manifiesto el juez de trámite, SBASE no reclama la jurisdicción federal. Requiere la intervención de la justicia ordinaria (nacional en lo civil). El escrito de fs. 185/2005 no expresa agravios dirigidos a cuestionar las razones por las cuales el Tribunal consideró que no son equiparables una y otra situación (federal y nacional) a fin de aplicar la doctrina de la CSJN referida a la "denegatoria del fuero federal".

En estas condiciones, los agravios planteados (referidos a la denegatoria del fuero nacional en lo civil) carecen de relación adecuada con la sentencia que emitiera el Tribunal.

4. A mayor abundamiento, señalo que comparto los fundamentos que expone el juez Julio B. J. Maier en los puntos 3 y 5 de su voto.

5. Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por SBASE a fs. 185/205, con costas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en cuanto sostiene que el recurso extraordinario interpuesto no puede prosperar, toda vez que no se encuentra recurrida en autos una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14, ley 48).

También comparto lo expresado por mi colega en punto a las deficiencias de fundamentación del remedio intentado.

Por ello, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado, con costas (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado a fs. 185/205, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 177, punto 2.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LVI

"AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/COORDINACIÓN ECOLÓGICA ÁREA METROPOLITANA SOCIEDAD DEL ESTADO (CEAMSE) S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA"

ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA. Admisibilidad. Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Naturaleza, caracteres y funciones. Legitimación activa de la Auditoría para demandar la fiscalización de un ente que pertenece a dos jurisdicciones autónomas con domicilio fuera del territorio de la Ciudad de Buenos Aires. Legitimación pasiva del CEAMSE. Control externo del sector público. Principio republicano de gobierno. Ley 70. Solicitud de información y documentación al CEAMSE. Ley 19.550. Sociedad del Estado. Sujeto de derecho público. Entidad descentralizada de carácter interjurisdiccional. Convención Interamericana contra la Corrupción. Ley nacional 24.759. Derecho a la información. Principio de publicidad. Composición del capital social del CEAMSE. Excepción de incompetencia.

Expte. nº 3944/05 - 2/5/2007

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Auditoria General de la Ciudad, a través de su Presidente, interpuso demanda contra Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), y solicitó al Tribunal que "confirme la competencia de mi representada para efectuar tareas de contralor en el CEAMSE y a tal fin ordene a dicha sociedad del estado que facilite la información que se solicita en el marco del Proyecto de Auditoria nº 5.04.01".

En sustancia sostuvo que el CEAMSE —sociedad del Estado conforme a la ley 20.705, en la que la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires son socios por partes iguales— se ha negado a que la Auditoria efectúe el

control externo al que está autorizada por el art. 135 de la CCBA y las normas pertinentes de la ley 70, en el marco del citado "Proyecto de Auditoría nº 5.04.01" oportunamente aprobado por la Legislatura.

Se extendió en consideraciones acerca de las funciones de control que le competen, de la importancia de ellas dentro de un Estado de derecho, de las circunstancias atinentes a la negativa del CEAMSE de ser auditado —el intercambio de notas, reuniones, los argumentos esgrimidos por el CEAMSE, etc.—, del derecho aplicable, la posición de la doctrina, los antecedentes de la ley 70, la naturaleza interjurisdiccional de CEAMSE y de la intervención de la Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires.

Planteó caso federal y, finalmente, pidió que se resuelva conforme lo requerido, con costas (fs. 123/139).

2. A fs. 148/149 el Tribunal fijó el procedimiento aplicable en los términos de los arts. 2º y 16 de la ley 402, y corrió traslado de la demanda.

3. A fs. 249/269 el CEAMSE planteó excepción de incompetencia por razón de la materia, del territorio y de la persona y solicitó la citación como terceros de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires.

A fs. 290/309 —previo traslado contestado por la actora (fs. 278/284) y dictamen del Ministerio Público Fiscal (fs. 286/288)— el Tribunal rechazó ambos planteos de la demandada.

4. A fs. 314/346 el CEAMSE interpuso recurso extraordinario federal contra la resolución del fs. 290/309 que, respondido por la AGCBA a fs. 466/475, fue denegado a fs. 477/483.

5. A fs. 434/461 vta. el CEAMSE contestó la demanda, ofreció pruebas, insistió en la citación de terceros formulada a fs. 249/269 e introdujo el caso federal.

En lo esencial sostuvo que:

a) CEAMSE es un "ente interjurisdiccional"cuya creación es producto de un acuerdo entre diferentes estados", por lo que sin la autorización o permiso de la otra jurisdicción no se le puede aplicar las "normas de derecho interno local (régimen de control administrativo propio de la Ciudad de Buenos Aires)" —fs. 438—. Sobre este particular realizó extensas consideraciones acerca de la doctrina del "Federalismo de Concertación" y del ejercicio de las facultades que a las provincias otorgan los arts. 124 y 125 de la C.N., para concluir que el CEAMSE es un ejemplo del ejercicio de tales facultades (fs. 448 vta./449), y que "...habida cuenta de su naturaleza interestatal e interjurisdiccional, se encuentra

en una posición neutra ante los estados socios que la integran, de lo que se infiere que la legislación administrativa de estos, salvo acuerdo que lo autorice, carece de vigencia con respecto a la Sociedad" (fs. 447 vta. /452 vta.).

b) El CEAMSE es "una Sociedad del Estado interjurisdiccional en la que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no posee mayoría en la composición del capital accionario o en el órgano de formación de la voluntad societaria" (fs. 438 vta.), por lo que no resulta alcanzada por el art. 132 de ley 70, norma que debe ceñirse a la "competencia de los organismos de control" que delimita el art. 4º de la misma ley, en cuanto establece que sus disposiciones son aplicables "...a las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones en las que el *Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en su capital o en la formación de las decisiones societarias..."* —destacado en el original— (fs. 442/443 vta.).

c) De acuerdo al art. 2º de la ley 20.705 que estatuye la aplicación de la normativa de las sociedades anónimas a las Sociedades del Estado, el control de CEAMSE se rige por el art. 284 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, y está "a cargo de uno o más Síndicos designados por la Asamblea de accionistas" (fs. 444 vta.).

Destaca asimismo que, por decisión de ambos socios, el control externo de naturaleza jurídica y contable del CEAMSE se efectúa sobre la base de un acuerdo interjurisdiccional: el convenio de Fiscalización Adicional suscripto el 3/6/1982 entre el Gobernador de la provincia de Buenos Aires y el Intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, ratificado por ley provincial 9841/82 y ordenanza 37.909/82 de la ex MCBA que otorgó intervención al Tribunal de Cuentas de la provincia de Buenos Aires y a la Contaduría General de la MCBA", funciones las de esta última que hoy cumple la Sindicatura General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 441, 443/vta. y 457/458).

En el mismo orden señala que los acuerdos de creación del CEAMSE y el de su fiscalización "poseen el carácter de tratado y en consecuencia poseen una jerarquía superior a la de las normas locales, por constituir derecho intrafederal que surge de manera directa e inmediata de una norma de la Constitución nacional..." (fs. 455), y que fueron expresamente ratificados por el constituyente de la Ciudad a través del art. 107, CCBA (fs. 455 vta. 456).

d) Los fondos que CEAMSE percibe "en virtud de la ley de presupuesto a que la contraria hace referencia corresponden a la partida pre-

supuestada para afrontar los gastos derivados de disposición final de residuos... encontrándo[se], en consecuencia, en una situación de igualdad a cualquier proveedor o prestador de servicios de recolección de residuos..." (fs. 439 y 444).

6. A fs. 500/503 produjo su dictamen el señor Fiscal General Adjunto, en el que sostiene la competencia de la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires para auditar al CEAMSE.

7. A fs. 508, 509 y 511 se encuentran agregadas las actas de las audiencias celebradas en procura de una autocomposición o conciliación en los términos del art. 289, inc. 3º, CCAyT. En la última de ellas el Tribunal declaró la cuestión como de puro derecho (art. 289, inc. 4º, CCAyT) y resolvió convocar a la audiencia pública establecida en el art. 6º, ley 402, para que las partes argumentaran en derecho (art. 389, CCAyT).

8. El 29/11/2006 (ver fs. 528) se realizó la audiencia pública prevista por el art. 6º de la ley 402. En ella, en general, la Auditoría hizo mérito de las argumentaciones ya vertidas en la demanda.

En particular señaló que el art. 135 de la constitución local no indica cual ha de ser el porcentaje que debe tener el estado en la sociedad del Estado a fin de ser auditada, bastando una simple participación, sin necesidad de que deba ser mayoritaria. Añadió que tal interpretación está avalada por los arts. 4º y 132, de la ley 70, de donde —sostuvo— surge que toda sociedad del Estado deber ser auditada. En el mismo sentido agregó que las sociedades del Estado no deben ser confundidas con otras organizaciones empresariales aludidas en esos artículos.

También afirmó que el carácter intrafederal del convenio que dió origen al CEAMSE es, al menos, dudoso. Sin perjuicio de lo cual aseveró que tal convenio jamás puede oponerse a la constitución local.

En otro orden mencionó que el CEAMSE ha citado doctrina anterior a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 —que declaró la autonomía de la Ciudad— considerando a la ciudad como una mera municipalidad. Y destacó que esa postura del CEAMSE es paradójica porque las normas constitucionales que la sustentan son las que aseguran la autonomía local y sus instituciones, incluida la auditoría.

Asimismo expuso que a través del fallo citado en la contestación de demanda por la accionada —CEAMSE c/Nuevo Ambiente— Centro Vecinal Punta Lara s/amparo— dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, por la postura contradictoria con la que se expone en este expediente, permite sostener a la actora que CEAMSE no acepta control alguno, ni nacional ni local.

Por su parte CEAMSE manifestó que no iba a ejercer el derecho de alegar en la audiencia, en atención a que, como estaba en trámite la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesta ante la CSJN, su intervención podía ser interpretada por el alto Tribunal como un "desistimiento tácito" de ella. Sin perjuicio de ello remitió a su presentación escrita.

El Fiscal General Adjunto opinó que la presentación de la queja aludida ante la CSJN no inhabilita la competencia del TSJ en autos y ratificó su dictamen ya emitido.

Expuso, además que, llevar al extremo la postura sostenida por CEAMSE implicaría que, si ninguno de los sujetos integrantes de la sociedad posee mayoría, no estaría sujeta a ningún control, vulnerando el principio constitucional del control externo de la administración pública.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Resulta conveniente definir en primer término el tipo de pretensión deducida por la actora en su demanda. Ello es útil para tener en claro cuál es el tipo de sentencia que corresponde dictar porque anticipo que haré lugar a la demanda.

2. La actora plantea "una acción declarativa de certeza", pero su petición tiene mayor alcance. Esta afirmación encuentra sustento en una lectura integral de la presentación inicial de la AGCBA. En efecto, más allá de la denominación que utiliza la Auditoría en el capítulo II de su escrito de demanda, a estar a lo expresado en el resto de la presentación, una declaración de ese tipo, es decir, meramente declarativa, no satisfacería su pretensión pues ésta también requiere que *[se] ordene a dicha sociedad del estado* [CEAMSE] *que facilite la información que se solicita en el marco del Proyecto de Auditoría 5.04.01*. Para lograr satisfacer la voluntad del pretensor sin conculcar el principio de congruencia, el Tribunal debe expedirse sobre la orden solicitada (obligación de hacer). Esta última petición demuestra que la mera declaración no agota el interés del pretensor, con lo que resultaría incorrecto hablar de acción meramente declarativa.

3. Lo indicado hasta aquí no se ve alterado por la fragmentación de la descripción del objeto de la demanda en diversos tramos del escrito de inicio. Así por ejemplo, cuando la demandante vuelve en el capítulo IX de la mencionada pieza procesal a solicitar que, en carácter subsidiario, se considere a la presente acción como declarativa de certeza, lo que confirma que lo principal es la condena y no la mera declaración que, en última

instancia se resigna para la hipótesis de que la primera sea descartada. Nos encontramos, entonces, ante una pretensión de condena a hacer. Tal conclusión resulta ratificada por la posición mantenida y solicitudes efectuadas por la AGCBA en la audiencia del día 29/11/2006.

4. La procedibilidad de la pretensión será analizada a la luz de la resolución del Tribunal Superior de Justicia que declaró la cuestión como de puro derecho en la audiencia del día 20/9/2006 (fs. 511).

5. Examinaré sucesivamente en los próximos apartados los argumentos esgrimidos por la AGCBA en la demanda y por CEAMSE en el responde.

6. Sostiene la actora que para el ejercicio del control externo del sector público que le atribuye la CCBA, puede solicitar información o la entrega de datos o documentos a cualquier Secretario, Subsecretario o Director General del Poder Ejecutivo, agente o autoridad y titular de organismos y entes sometidos a su competencia. Agrega que en el supuesto de que no se diera cumplimiento a lo requerido pese a su insistencia, está facultada para iniciar acciones judiciales ya que cuenta con legitimación procesal

7. Afirma la AGCBA que el control que desarrolla constituye un aporte técnico dentro del sistema clásico de división de poderes (fs. 125 vta.). Explica que el denominado control de gestión tiene por finalidad verificar los aspectos presupuestarios, patrimoniales y operativo de planes, programas, proyectos y operaciones de una entidad u organización a fin de informar tanto sobre la utilización de los recursos públicos en forma económica y eficiente como el grado de cumplimiento de las normas jurídicas aplicables a cada situación o, dicho de otro modo, el control de legalidad y de gestión tiene por fin verificar la relación entre aquello que debiera haber hecho un organismo y lo que realmente hizo (conf. fs. 125 vta.). Entiende que para que esto sea posible deben garantizarse aspectos pragmáticos en el ejercicio del control, es decir, lograr adecuadas vías de acceso a la información. Ello hace imprescindible que la AGCBA cuente con la colaboración de los entes que caen bajo su competencia. Según la actora no ha sido así en el caso de CEAMSE, que actuó con manifiesta reticencia frente a los requerimientos que se le formularan para ser auditado.

8. Sostiene la AGCBA que la CCBA, a fin de hacer efectivo el ejercicio del control externo del sector público consagra expresamente la obligación de todos los agentes, autoridades y titulares de organismos y entes sobre los cuales tiene competencia la actora, para que brinden la información que ésta les requiera. Además de las normas constitucionales locales

que trae en su apoyo (arts. 1º, 56 y 135, CCBA), hace hincapié en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759 en cuanto dispone que los estados partes se comprometen a implementar "órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas" (art. III-9).

9. Considera la AGCBA que la negativa reiterada de CEAMSE a permitir su labor de control importa incumplir la CCBA y la ley 70. Entiende que estos incumplimientos también perjudican el derecho a la información que tienen los ciudadanos y que está garantizado por la Carta Magna local. Asimismo considera que se priva a la Legislatura de conocer con precisión la gestión de los negocios públicos.

10. Creo oportuno recordar aquí que la AGCBA elevó a la Legislatura un Plan en el que incluyó una auditoría a CEAMSE (identificado como Proyecto de Auditoría nº 5.04.01, por la actora). La actora destaca que correspondía controlar las tareas de CEAMSE porque se encontraban comprometidos fondos de la Ciudad. Y ello porque la demandada es una sociedad del estado en la cual la propiedad del capital social pertenece por partes iguales al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires. En otras palabras: CEAMSE es una sociedad del estado que percibe fondos a través de la Ley de Presupuesto de la Ciudad y ello justifica que sea auditado.

11. En cuanto al Proyecto de auditoría presentado por la AGCBA en su Plan elevado a la Legislatura, aquel consistía en un relevamiento funcional de CEAMSE que incluía el examen de su estructura orgánico-funcional, su normativa de funcionamiento, los procedimientos y circuitos administrativos aplicables y el presupuesto sancionado, aprobado y ejecutado para el período de ejercicio 2003.

12. La reticencia de la demandada a suministrar información y colaborar con la AGCBA está debidamente comprobada. Prueba de esta actitud es el objeto de la presente contienda y el estado en que se encuentra. La AGCBA agotó las vía extracontenciosa e informó de la situación y de la posición que asumió CEAMSE respecto de la aplicación de la ley 70 al entonces Jefe de Gobierno, por medio sendas notas de fecha 29/10/2004 y 4/3/2005, notas que, según la actora, nunca fueron respondidas. La situación por la que la accionante promueve la presente demanda es calificada de grave, en tanto viola normas y principios propios de la forma republicana de gobierno. En cuanto a los fundamentos de derecho en los que la AGCBA apoya su pretensión, corresponde destacar, los siguientes: *a)* El

art. 135 de la CCBA que establece que la actora ejerce el control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad. Dictamina sobre los estados contables financieros de la Administración pública, centralizada y descentralizada cualquiera fuera su modalidad de organización, de empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación, y asimismo sobre la cuenta de inversión. Sostiene el demandante que el art. 135 sigue un concepto amplio de "sector público" a fin de un efectivo cuidado y protección del erario público; *b)* La ley 70 en su art. 4º, expresamente dispone que sus disposiciones se aplican a las sociedades del estado.

13. Para la AGCBA resulta claro que tanto el constituyente como el legislador local han dispuesto que ella ejerza el control externo de todo el presupuesto de la Ciudad, incluyendo aquel administrado por toda sociedad en la que la Ciudad tenga participación. De allí se sigue, a su juicio, que no hay razones que justifiquen que una porción del presupuesto de un Estado pueda quedar exenta del control externo pertinente. Asimismo, considera que sus competencias no son facultativas sino que la AGCBA está obligada a cumplir con sus funciones de contralor.

14. La actora aclara que no pretende atribuirse funciones exclusivas de control ni negar la posibilidad de control, por parte de la Provincia de Buenos Aires sobre CEAMSE a través de los órganos de control provinciales correspondientes. Descarta, asimismo, que los convenios celebrados por la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires le impidan ejercer el control que la CCBA le impone. Considera que el Estatuto del CEAMSE le ha fijado reglas de contralor específicas que no inhiben en absoluto las facultades de la AGCBA. También destaca la demandante que los aludidos convenios se firmaron al inicio de la última dictadura militar y que desde esa época al presente ocurrieron la reforma constitucional de 1994 que consagró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la sanción de la Constitución porteña que estableció cinco organismos de control que reafirman la importancia del control público dentro del marco de las instituciones democráticas.

15. En cuanto a la circunstancia de que el estatuto social de la demandada disponga que las facultades de contralor de que disponen la Provincia y la Ciudad se ejerzan a través de una comisión fiscalizadora de la sociedad, la actora considera que ese control es evidentemente distinto del que persigue un órgano de control externo de naturaleza constitucional y que difieren sustantivamente del que pueda hacer la mentada comisión fiscalizadora. Agrega, en este mismo sentido, que los miembros de la co-

misión fiscalizadora son nombrados en la asamblea de los representantes de ambos gobiernos accionistas de la sociedad, es decir son nombrados por los propios auditados, lo que resta independencia a la comisión fiscalizadora. Por otra parte, la AGCBA entiende que el cumplimiento de sus funciones no interfiere ni impide que la comisión fiscalizadora cumpla con las propias.

16. Con respecto a la intervención de la Sindicatura de la Ciudad (SIGEBA) y del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires prevista por los Estados socios en CEAMSE, circunstancia que ha alegado la demandada en el trámite extracontencioso para no colaborar con la actora, ésta considera que la actuación de esos organismos puede facilitar la suya propia pero que no altera su deber de auditar a CEAMSE ni las obligaciones y responsabilidades de los representantes y agentes de la demandada de colaborar con la AGCBA.

17. CEAMSE ha ejercido su oposición al progreso de la pretensión por vía de excepción y de defensa. Interpuso excepción de incompetencia en razón de la materia, territorio y persona y solicitó la intervención como terceros de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A fs. 290/309, por vía de interlocutoria, el Tribunal Superior de Justicia desestimó todas las peticiones y planteos de la demandada. Posteriormente (conf. fs. 434/475) CEAMSE contestó demanda.

18. En razón de que, como ya indiqué, entre los fundamentos de la pretensión y de la oposición sólo se mantiene un desacuerdo sobre el derecho aplicable, analizaré las alegaciones de ese tenor que CEAMSE introdujo.

19. Afirma CEAMSE —en cierta forma reeditando algunos argumentos, como el mismo acepta, deducidos al interponer sus excepciones— que "el conflicto se suscita en la pretensión de aplicar normas de derecho interno local (régimen de control administrativo propio de la Ciudad de Buenos Aires) a un ente interjurisdiccional cuya creación es producto de un acuerdo entre diferentes Estados, prescindiendo de la autorización o permiso de la otra jurisdicción, pretendiendo violentar, asimismo, el sistema de control propio de la figura que ambas partes decidieron conferir al ente jurisdiccional: la Sociedad del Estado" (ver fs. 438). Sostiene CEAMSE que él no se encuentra incluido dentro de los entes que la AGCBA puede auditar, de lo que se sigue la incompetencia de ésta para ejercer cualquier control sobre el demandado.

20. CEAMSE sostiene que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no posee mayoría en la composición del capital accionario o en el órgano de

formación de voluntad societaria; asimismo indica que el origen de los fondos que percibe del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires proviene de la prestación de un servicio de disposición final de residuos en los centros de disposición de la empresa; de allí que considera que se encuentra en una situación de igualdad como la de cualquier proveedor o prestador de servicios de recolección de residuos. A partir de esa equiparación con otras empresas del ramo —sociedades no estatales, valga aclarar— CEAMSE concluye que no se encuentran comprometidos fondos de la Ciudad. Por otra parte, agrega que no hubo de su parte falta de colaboración sino que, como la propia accionante ha reconocido al enviar en los años 2004 y 2005 sendas notas al Jefe de Gobierno, la AGCBA ha asumido que es la asamblea de socios de la empresa la que debe arbitrar los medios necesarios para que la actora pueda cumplir con sus funciones. Con ello, en definitiva —infiere la demandada— la AGCBA se subordinó a lo que resuelva la asamblea de la sociedad.

21. La sociedad demandada considera que no es sujeto de derecho público y, por tanto, tiene su propio sistema de control; que su carácter interjurisdiccional la sustrae de la órbita de control de la AGCBA y de la aplicación de la ley 70, siendo su régimen el de la ley 20.705 de sociedades del Estado; también entiende que estas razones impiden que los agentes de la demandada sean considerados funcionarios públicos. A fs. 452 vta. expresa: "Cabe concluir entonces, que, CEAMSE habida cuenta de su naturaleza interestatal e interjurisdiccional, se encuentra en una posición neutra ante los estados socios que la integran, de lo que se infiere que la legislación administrativa de estos, salvo acuerdo que lo autorice, carece de vigencia con respecto a la Sociedad". Y más adelante (fs. 455) agrega que "...los acuerdos efectuados entre ambos Estados poseen el carácter de tratado y en consecuencia poseen una jerarquía superior a las normas locales, por constituir derecho intrafederal que surge de manera directa e inmediata de una norma Constitucional Nacional". Concluye diciendo que dar preeminencia a la norma local por sobre la Constitución Nacional afecta el art. 31 de la Ley Fundamental (fs. 455).

22. Luego de describir la conformación y régimen societario que le resulta aplicable, CEAMSE dedica varios párrafos a establecer por qué las normas de la CCBA no le son aplicables. Ingresa posteriormente en el análisis de la ley 70 y pone énfasis en que el art. 4º de esa norma expresa que la ley 70 se aplica, entre otras dependencias y entes, a las organizaciones empresariales en las que el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en su capital o en la formación de las decisiones societarias. Considera que la inaplicabilidad de la ley 70 a su persona no excluye la

posibilidad de establecer controles externos por vía de acuerdos interjurisdiccionales. Finalmente concluye con la falta de competencia de la AGCBA para auditarla.

23. Expondré a continuación por qué la posición y fundamentos expresados por CEAMSE a lo largo del proceso carecen de sustento, que se trata exclusivamente de argumentos aparentes en contradicción con el principio republicano y que, a mi juicio, este principio es dirimente para resolver el presente conflicto. A lo manifestado agregaré otras pautas, todas vinculadas con el citado principio republicano, tendré en cuenta la teoría de los órganos de control incorporada en el constitucionalismo moderno y recogidas por el constituyente federal en la reforma de 1994 y por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, como también normas transnacionales de jerarquía constitucional que se vinculan al tema, entre otros elementos de juicio. Del mismo modo, despejaré cualquier hipótesis de conflicto entre la actividad de la AGCBA, en este caso, y la provincia de Buenos Aires, algo que ya anticipara en otro momento del proceso. También procuraré exhibir cómo la demandada mezcla y confunde en forma sistemática marcos históricos-institucionales, políticos y jurídicos diferentes sin considerar en lo más mínimo los cambios sustantivos que han ocurrido en aquellas materias y en especial, los cambios en el derecho público entre el año 1977 (fecha de creación de CEAMSE) y la actualidad. Por fin, sostendré que CEAMSE intenta ser tenido como una especie de ente estatal "liberado" de todo control republicano.

24. En la audiencia del 29/11/2006 CEAMSE no alegó nada en su defensa por lo que sólo habré de considerar lo que CEAMSE expuso al contestar la demanda. Introdujo como excusa —en la citada audiencia— que estando en trámite la queja por denegación del recurso extraordinario que interpusiera ante la CSJN, su intervención podía ser interpretada por el alto Tribunal como un "desistimiento tácito" de ella. La excusa es pueril.

25. La actuación ante esta instancia, dada la falta de efecto suspensivo de la queja federal sobre el presente trámite, importa mantener activa las cargas de alegación y defensa del demandado, lo que conlleva a desechar cualquier idea de un "desistimiento tácito" de la queja por la actividad que pueda desarrollar en un proceso que continúa. Tampoco, la carga de alegar en la audiencia se muestra como una conducta incompatible con el objeto del recurso directo ante el Alto Tribunal.

26. Conviene recordar que al pronunciar mi voto en ocasión de resolver las excepciones introducidas por la demandada (conf. resolución del 30/11/2005, fs. 290/309) sostuve que lo que la Auditoría General de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a estar a los términos de la demanda pretende, no es el control de un Estado sobre otro. Lo que procura es cumplir las funciones de control que tiene asignadas como órgano constitucional sobre la actividad que los poderes públicos desarrollan en su participación en una sociedad estatal, control que se produce en y dentro del marco estrictamente local. Es decir, que tal como la Auditoría ha presentado su actividad, ésta no interfiere con ninguno de los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires, ni afecta directamente la gestión del CEAMSE. En todo caso la AGCBA sólo observa lo que el Estado local (Ciudad) hace a través del CEAMSE. De allí que la circunstancia de auditar a CEAMSE no implica interferencia o intervención en la gestión de la empresa. La AGCBA eventualmente elevará un dictamen a la Legislatura porteña y ésta, en uso de sus facultades constitucionales, determinará qué curso darle a dicho informe (por ejemplo, hacer uso de las facultades previstas en el art. 83 de la CCBA).

27. La Auditoría en cumplimiento de sus deberes y facultades legales y constitucionales pretende controlar la actividad que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires despliega como partícipe en una Sociedad del Estado. Es en el marco de esos deberes y facultades que debe entenderse cualquier pretensión judicial de la Auditoria, que sólo esta encaminada a posibilitar el cumplimiento de su función primordial: producir los dictámenes que satisfagan el control externo del sector público local y que comprende "sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación". Esta competencia encuentra fundamento en el principio republicano y la necesidad de órganos de control que, como la Auditoría, refuerzan y sostienen tal principio.

28. CEAMSE sostiene no ser un sujeto de derecho público. La afirmación carece de sustento jurídico. Es cierto que la sociedades del Estado tienen un marco de regulación complejo y bifronte; es cierto que gran parte de su regulación se concreta a través de normas de derecho privado, pero ello no autoriza a definirlas como sujetos estrictamente de derecho privado pues se hallan constituidas por dineros públicos y son objeto de una regulación constitucional en cuanto a su control. Es decir, un aspecto de su vida está regulado por el derecho público (conf. Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho administrativo,* t. 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1998, pp. XIV-24 y ss). Considerar las sociedades del estado totalmente ajenas al derecho público, importaría sustraerlas del control republicano creando un punto ciego en la posibilidad de saber qué se hace con fondos presupuestarios. La creación de una

sociedad del estado responde a un política pública sobre la actividad económica que sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social (conf. art. 48, CCBA). Difícilmente el Estado pueda establecer y seguir una política económica con esos fines cuando sus empresas sólo dan cuenta de su gestión ante comisiones fiscalizadoras internas que carecen de las garantías de independencia que sí posee un órgano de control como la Auditoría que, además, informa al principal interesado en definir políticas: a la Legislatura, es decir, a los representantes del pueblo. Por otro lado, al estar comprometido patrimonialmente el erario público, no sólo interesa verificar qué se va hacer sino qué se hizo con los fondos públicos, es decir, el control externo del sector público. Sin lugar a dudas las sociedades del Estado están comprendidas dentro del sector público de la Ciudad (conf. art. 135, CCBA).

29. En el marco del principio republicano y de la forma de control que auspicia la CCBA, los órganos que son estrictamente de control no deben estar subordinados al controlado. De allí que cualquier grado de dependencia económica, jurídica, técnica o política del órgano de control con el sujeto o ente controlado debilita la eficacia del sistema. El resultado final de la falta de control, es el desequilibrio entre poderes, la corrupción y la degradación de la vida en democracia.

30. Tampoco conmueve lo dicho precedentemente las citas doctrinarias que hace CEAMSE. Así, por ejemplo, la cita de un artículo de Mairal escrito en 1981 (Mairal, Héctor A.: "Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo", *LL,* 1981-A, 790), momento todavía lejano a la recuperación de la vigencia del orden constitucional y de la reforma de 1994 de la Carta Magna, reforma ésta que introdujo varios órganos de control, consagró la independencia del Ministerio Público y dio preeminencia a organismos transnacionales e internacionales (comisiones y tribunales) en la interpretación y aplicación de normas de jerarquía constitucional destinadas a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. El anacronismo de la cita y la superación hoy en día de una visión "privatista" de las sociedades del estado queda exhibido con sólo contrastar el concepto de funcionario público que se analiza en el mencionado artículo con el que figura en el art. 1º de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759) que señala como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado en todos sus niveles jerárquicos.

31. Corresponde preguntarse si una sociedad del estado no está al servicio del Estado ¿al servicio de quién está? Una sociedad del estado es un instrumento de una política estatal, generada con fondos estatales y al servicio de fines estatales. Regirán en las relaciones ordinarias de la sociedad estatal las normas de la ley 20.705 y las pertinentes de la Ley de Sociedades, pero el control intrasocietario y de carácter privado no excluye de ninguna manera la posibilidad de su control por órganos constitucionales porque tal sociedad esta constituida con fondos públicos y responde, en definitiva, a una política pública.

32. Una de las mayores falacias argumentativas desplegadas por la demandada gira alrededor de su alegada condición de ente interestatal. Es correcto que es una sociedad que tiene una actividad interestatal y también que está integrada con el capital de dos estados. Pero lo que no es correcto es que CEAMSE sea un ente "supraestatal", carácter que procura que le sea reconocido cuando se autodefine como "interestatal". El demandado literalmente sostiene que frente a los estados socios su posición es de naturaleza "neutra", lo que no es más que un recurso retórico para aludir a lo que omite expresar en todos sus planteos: que no quiere ser controlado. CEAMSE se ubica, como ya anticipé, en una suerte de punto ciego respecto del principio republicano, un espacio en el, que los dineros públicos no podrían ser controlados, lo cual es constitucionalmente inadmisible.

33. CEAMSE dice que el acuerdo celebrado entre la Ex-Municipalidad y la Provincia de Buenos Aires es un tratado. Hay varias cosas para decir al respecto. En primer término el acuerdo al que se alude fue celebrado durante la última dictadura militar cuando ninguno de los gobernantes que suscribía el acuerdo estaba legitimado democráticamente ya que formaban parte de un régimen usurpador. Del mismo modo y por las mismas razones ese acuerdo está en infracción con el art. 125 de la C.N. ya que se hizo sin conocimiento del Congreso Federal y, además, esa norma se refiere a acuerdo entre provincias, y la ex-municipalidad no lo era. Sin embargo, la estrategia de CEAMSE ha sido la de usar normas de *facto* y de *iure* sin hacer ninguna distinción y como si se tratara de un *continuum*, cuando, necesario es decirlo, desde la reforma constitucional de 1994 hay una cambio de paradigma en materia de controles republicanos que no puede soslayarse.

34. Tampoco tiene fuerza la interpretación que el demandado hace de la ley 70 al considerar que ésta, por referirse a sociedades con participación estatal mayoritaria, no resulta aplicable a su persona. La CCBA no distingue el grado de participación y el art. 4º de la ley 70 tampoco distin-

gue en este aspecto cuando menciona a las sociedades estatales. La AGCBA refutó en la audiencia del día 29/11/2006 la interpretación de CEAMSE sobre los alcances de la ley 70 con argumentos que comparto y remiten a lo que expresé al comienzo de este párrafo.

35. Igualmente imposible de sostener es la idea de la demandada en el sentido de que el acuerdo que da origen a CEAMSE posee la naturaleza constitucional de una región. Es imposible que las autoridades militares que gobernaban la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires imaginaran en 1979 el texto del actual art. 124 de la C.N. Asimismo, el tópico es totalmente distractivo, pues región o no, de lo que se trata es de la posibilidad de la AGCBA de controlar el aspecto económico, financiero, patrimonial, de gestión y de legalidad de CEAMSE y dictaminar sobre sus estados contables y financieros (conf. art. 135, CCBA).

36. Por otro lado, y como ya dijera al resolver las excepciones planteadas por CEAMSE (resolución del 30/11/2005), señalé que "[l]a doctrina que se ocupa del derecho público provincial considera que los tratados interprovinciales no pueden violar las constituciones provinciales pues de lo contrario se estaría ejerciendo el poder constituyente; que el art. 27 de la C.N. sirve de guía hermenéutica, por vía analógica, para la interpretación de tratados interprovinciales y que debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista federal, el principio unitivo es la provincia como protagonista principal, siendo la región una alternativa que no puede ser considerada como una entidad distinta de las provincias que la componen (conf. Castorina de Tarquini, María Celia: "La Provincia y las provincias", en AA.VV: *Derecho público provincial,* t. 1, Depalma, 1999, pp. 232 y ss.). Es así que el art. 124 de la C.N. prescribe que '[l]as provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades *para el cumplimiento de sus fines* (...)' [el énfasis me pertenece]. De este texto se desprende que las regiones son medios para cumplir con los fines provinciales; dicho de otro modo, la provincia —como concepto político y jurídico—resulta el elemento subordinante del concepto región, y éste sólo se explica y justifica a partir de la provincia como elemento sustantivo del sistema federal. Lo dicho aquí, en relación a las provincias, puede extenderse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya autonomía no es preexistente a la organización constitucional pero tiene similar jerarquía ya que fue instituida por el constituyente federal".

37. En el mismo sentido apuntado precedentemente, tampoco es aceptable recurrir a la noción de "federalismo de concertación" para sustraerse del control republicano. En efecto, de seguirse la tesis del demandado, los estados locales, por vía de concertación podrían modificar sus cartas cons-

titucionales creando órganos supraestatales. Ello implicaría que los poderes constituidos provinciales podrían alterar sus constituciones, en lugar de hacerlo el poder constituyente de cada uno de esos estados. La tesis de CEAMSE afecta los arts. 5º, 123 y 129 de la C.N. En un Estado de derecho constitucional, la Constitución es norma subordinante no subordinada por lo que el argumento de CEAMSE carece de toda entidad.

38. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el tema todavía es más delicado pues su autonomía no es preexistente al Estado Nacional sino que le viene dada por el propio poder constituyente federal. De esta forma una alteración de la autonomía de la Ciudad, al crear un ente con funciones supraestatales —como intenta hacer ver CEAMSE iría derechamente en contra del art. 129 de la C.N. La Ciudad no puede resignar la autonomía que se le ha dado.

39. De lo expresado hasta aquí puede inferirse que el federalismo de concertación debe ser una herramienta para lograr acuerdos interestaduales o entre unidades locales y el Estado Nacional pero sin lesionar el régimen federal. Una cosa es un instrumento para articular el poder distribuido territorialmente —federalismo y concertación— y otra muy diferente, una herramienta destinada a desarticular esa distribución, socavándola. Esto último es lo que CEAMSE intenta presentar como válido. Por otra parte, en 1977 no había ni federalismo ni concertación, el poder de facto estaba distribuido entre las FFAA no entre los Estados provinciales o municipales.

40. Tampoco es acertada la invocación que CEAMSE hace del art. 7º de la CCBA en el sentido de que esa norma prescribe que "[el] Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es sucesor de los derechos y obligaciones legítimas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y del Estado Nacional en las competencias, poderes y atribuciones que se le transfieren por los arts. 129 y concs. de la C.N. y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal, como toda otra que se le transfiera en el futuro". Claramente el artículo sienta que la Ciudad Autónoma sucede a la Municipalidad en sus obligaciones legítimas. De allí que entre las obligaciones sucedidas no puede considerarse como legítima la de abstenerse controlar qué hace la Ciudad con sus fondos presupuestarios, en especial si se toma en cuenta cuales fueron las condiciones jurídicas y políticas en las que se gestó CEAMSE. En una situación como la que vengo analizando cabría aplicar plenamente el art. 140 de la CCBA y considerar derogada, si fuera del caso, cualquier norma infraconstitucional que se oponga al principio republicano de control de los dineros públicos que fija nuestra CCBA.

41. En cuanto a los dictámenes de la Procuración General del Tesoro traídos en apoyo de su posición por CEAMSE tengo que señalar la falta de pertinencia con el objeto del presente juicio: el dictamen invocado por la demanda versa sobre un conflicto interadministrativo, la aplicación de la ley nacional 19.983 y, llamativamente, el final de la cita —en donde se invoca la opinión de Cassagne— parece refutar la posición de CEAMSE.

42. Por fin he de volver sobre el argumento de la supuesta interferencia de la AGCBA en la provincia de Buenos Aires, cuestión que consideré al resolver las excepciones previas. No advierto cómo podría ser interferida o menoscabada la autonomía de la provincia de Buenos Aires, cuando la actuación de la Auditoría, en la situación más extrema que pueda pensarse sólo habría de concluir con un informe a la Legislatura en el que hiciera saber la existencia de irregularidades constatadas y las observaciones que resulten del control sobre CEAMSE. De allí podría derivarse eventualmente un pedido de informes del Legislativo al Jefe de Gobierno. Es decir, las consecuencias del control y dictamen de la AGCBA repercuten en el ámbito local, no en la Provincia de Buenos Aires

43. En conexión con lo expresado en el punto precedente, debo recordar que en la ya mencionada resolución interlocutoria del 30/11/2005, expresé que "[el] problema que insinúa el referido dictamen es más aparente que real. En verdad, no se trata de la *aplicación de las normas de una provincia al 'otro socio'*, sino, más bien, de la aplicación de las normas de un Estado al propio Estado. Lo que la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a estar a los términos de la demanda, pretende no es el control de un Estado sobre otro. Lo que procura es cumplir las funciones de control que tiene asignadas como órgano constitucional sobre la actividad que los poderes públicos desarrollan en su participación en una sociedad estatal, control que se produce en y dentro del marco estrictamente local. Es decir, que tal como la Auditoría ha presentado su actividad, ésta no interfiere con ninguno de los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires, ni afecta directamente la gestión del CEAMSE. En todo caso la AGCBA sólo observa lo que el Estado local (Ciudad) hace a través del CEAMSE". No se trata de un control limitador, sino verificador y evaluativo. El control de la AGCBA sobre CEAMSE no manda ni frena nada sobre su gestión. No lo interfiere, no lo obtura ni reconduce su labor, ni la regula, no lo interpela ni interviene en su administración o gobierno.

44. Corolario de lo hasta aquí considerado resulta que la oposición de CEAMSE a la posibilidad de ser auditado por la AGCBA es infundada y constitucionalmente inaceptable. La posición de CEAMSE lesiona el

sistema democrático al privar a la Legislatura del aporte técnico, por vía del informe de la AGCBA, sobre la gestión de los recursos públicos. Dicho de otro modo, según se sigue de la posición de la demandada, el tipo de relación que una sociedad del estado como CEAMSE pretende tener con el derecho público local es antidemocrática. También resulta afectado el principio de presupuesto participativo (conf. art. 53, CCBA) pues se vuelve incoherente que el ciudadano pueda intervenir en la agenda de gastos públicos cuando se hace un proyecto para definir en qué y con qué va a gastar el Estado y, no obstante, aquél no puede verificar qué se hizo con dicho proyecto, es decir, no puede conocer el resultado de gestión del presupuesto en qué participó. Del mismo modo, la falta de control externo de la actividad de CEAMSE lesiona la última parte del art. 53 de la CCBA que dispone que "[t]odos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción. No hay gastos reservados, secretos o análogos, cualquiera sea su denominación".

45. La postura de la actora, además encuentra justificación en expresas normas constitucionales y legales locales (arts. 1º y 135 de la CCBA y art. 4º, ley 70) y en normas de la Constitución Nacional (arts. 1º, 5º y 129) y en la Convención Interamericana contra la Corrupción. En especial, es pertinente recordar el art. III.9 de la Convención que establece: "*Art. III.* Medidas preventivas. A los fines expuestos en el art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilida de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: ... *9.* Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas".

46. En otro orden de cosas, los obstáculos que han puesto las autoridades de CEAMSE a la actividad de la AGCBA tornaría aplicable el art. 56 de la CCBA por los actos u omisiones en que podrían haber incurrido los funcionarios involucrados excediendo sus facultades legales. De allí que sea oportuno remitir una copia íntegra de la presente sentencia a la Legislatura, a la Procuración General de la Ciudad y a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, a sus efectos.

47. Por ello, voto por: a) Hacer lugar a la demanda instaurada por la Auditoría General de la Ciudad Autonóma de Buenos Aires contra Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad DEL Estado (CEAMSE), condenando a esta última a facilitar todo lo necesario y pertinente para que la actora pueda cumplir con el Proyecto de Auditoría nº 5.04.01 o sus equivalentes; *b)* Imponer las costas a la vencida (conf. art. 62, CCAyT y art. 2º, ley 402) y *c)* Ordenar que se notifique a las partes y al Ministerio

Público y se comunique la sentencia a a la Legislatura, a la Procuración General de la Ciudad y a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. En los apartados 1 a 22 —inclusive— de su voto, la Dra. Ruiz ha detallado minuciosamente las distintas pretensiones, defensas y argumentos planteados por la actora y la demandada en sus escritos constitutivos, los que doy por reproducidos por razones de brevedad, para comenzar directamente con su tratamiento.

2. En primer lugar, conviene desentrañar el perfil, características y particularidades del *sistema de control del sector público estatal* en la Ciudad de Buenos Aires.

a) En el ámbito local, el título séptimo del libro segundo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 132 a 139) y la ley 70 diseñaron un sistema de control del sector público con rasgos similares al creado para el ámbito federal por la ley 24.156.

Vale recordar que el *control de la actividad administrativa* es aquél que se ejerce sobre los actos de la Administración, o sobre los actos de los administrados vinculados a ella, con el objeto de verificar la legitimidad e incluso la oportunidad o conveniencia de dichos actos (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. I, p. 112, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995). La finalidad de los sistemas de control radica en *evitar* que la Administración Pública incurra en acciones u omisiones violatorias del principio de legalidad —al cual debe sujetarse estrictamente— o inconvenientes para el bienestar de la comunidad, o bien a *detectarlas* una vez que han ocurrido, con el objeto de subsanarlas, impedir que vuelvan a repetirse y/o sancionar a los agentes responsables.

De acuerdo a lo establecido en el art. 132, CCBA (y su concordante art. 119 de la ley 70), dicho sistema presenta dos principales caracteres: es integral e integrado:

- *integral* significa que abarca todos los aspectos de los actos a controlar, no sólo aquellos referidos a la legalidad sino también a lo presupuestario, financiero, contable, normativo, patrimonial y de gestión;
- *integrado* en cuanto el control a realizar forma parte del procedimiento para la toma de decisiones, función preventiva que tiende a evitar que se dicten actos ilegítimos.

El modelo de control local se asienta en los principios de economía, eficiencia, eficacia y publicidad de los actos de gestión.

Asimismo, el modelo establecido contempla un control interno y un control externo, que actúan coordinadamente en búsqueda de una mayor eficiencia:

- *Control interno* es aquel que ejercen órganos insertos en la estructura administrativa —a la que deben controlar—, y por tanto dependen jerárquicamente, en forma mediata o inmediata, del Poder Ejecutivo, en cuanto cabeza de la Administración. En el ordenamiento jurídico local, este tipo de control lo realiza la Sindicatura General de la Ciudad (art. 133, CCBA).
- *Control externo* es el realizado por órganos que no están insertos en la estructura administrativa, y que dependen de alguno de los otros poderes —Legislativo o Judicial—. En esta Ciudad, está a cargo de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 135, CCBA).
- La Constitución local contempla *otros dos organismos de control:* la Defensoría del Pueblo (art. 137, CCBA) y el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (art. 138, CCBA).

Y por último, en cuanto al *ámbito de aplicación* del sistema de control, el art. 4º de la ley 70 establece que el sector público de la Ciudad de Buenos Aires comprende:

- la Administración Central —poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial—,
- las comunas,
- los organismos descentralizados,
- las entidades autárquicas,
- los organismos de la seguridad social,
- las empresas y sociedades del Estado,
- las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria,
- las sociedades de economía mixta, y
- todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias y las entidades.

Asimismo, son aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones públicas o privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya Administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado de la Ciudad de Buenos Aires a través de sus jurisdicciones o entidades.

En conclusión, el constituyente y legislador locales establecieron un sistema de control integral e integrado, que permite fiscalizar cómo se utilizan los fondos públicos, no sólo por parte de la Administración Pública —Centralizada y Descentralizada— sino también de empresas, sociedades y organizaciones públicas o privadas que reciben recursos del Estado local. Y esta es la clave para entender la finalidad esencial del sistema de control local: *permitir que los ciudadanos sepan a qué se destinan y*

cómo se utilizan los recursos del Estado local. Contrario sensu, no puede haber fondos públicos que no se sepa cómo y para qué fueron utilizados.

b) Conviene realizar algunas apreciaciones relativas a los órganos de control interno —Sindicatura General de la Ciudad— y externo —Auditoría General de la Ciudad—, que cumplen una función distinta y complementaria en el sistema de fiscalización del sector público de la Ciudad de Buenos Aires.

El perfil y funciones de la *Sindicatura General de la Ciudad* están trazados en los arts. 133, CCBA y 120 a 130 de la ley 70.

Es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, que supervisa y coordina técnicamente a las unidades de auditoría interna de cada jurisdicción y entidades de la Administración Pública centralizada y descentralizada (art. 121 de la ley 70).

Tiene a su cargo el control presupuestario, contable, financiero, económico, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables y financieros de la administración pública en todas las jurisdicciones que componen la administración central y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, así como el dictamen sobre la cuenta de inversión.

Conforme lo dispuesto en el art. 122, inc. 1º de la ley 70, el control que realiza la Sindicatura es de carácter *previo y posterior.* El contralor previo a la emisión del acto, esencial a un modelo integrado de control, implica hacer participar a la Sindicatura en el procedimiento de toma de decisiones.

Por su parte, los arts. 135 y 136, CCBA, y 131 a 148 de la ley 70, establecen las funciones y caracteres de la *Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires.*

La Constitución local establece que la Auditoría es un órgano colegiado dependiente de la Legislatura, que goza de personería jurídica, legitimación procesal y autonomía funcional y financiera.

En cuanto a su misión, consiste en realizar el control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad, a través de informes y dictámenes que son de carácter público y de acceso irrestricto para cualquier ciudadano.

Como lo aclara el art. 131 de la ley 70, dicho control externo es de carácter *posterior* a la emisión del acto.

Entre los entes sujetos a control, el art. 135 de la Constitución local menciona a los siguientes:

- la administración pública centralizada;
- la administración pública descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización,

– las empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación.

Por su parte, el art. 132 de la ley 70 agrega otros dos supuestos de entes sujetos a control:

– los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización y concesión en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos, y
– todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

Y por último, los agentes, autoridades y titulares de organismos y entes sobre los que es competente, están obligados a proveerle la información que les requiera. Aquí, la Constitución consagra un deber de información esencial para la tarea que realiza la Auditoría.

3. En segundo término, debemos establecer *qué tipo de ente es, cuáles son las características y el régimen de fiscalización del CEAMSE,* conforme los convenios que lo crearon y las normas aplicables.

El CEAMSE es una sociedad del Estado, regida por la ley 20.705 y —subsidiariamente— por las disposiciones de la ley 19.550 referidas a las sociedades anónimas, cuyo capital social pertenece por partes iguales a la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires (conf. arts. 4º del convenio del 7/1/1977 y 3º del convenio del 6/5/1977, suscriptos ambos por el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y el Intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires).

De ello podemos extraer las siguientes características distintivas del CEAMSE:

i) Es una *sociedad del Estado.*

Vale recordar que las empresas del Estado, de acuerdo al art. 1º de la ley 20.705 son personas jurídicas integradas exclusivamente por el Estado Nacional, Provincial y/o Municipal —en este caso, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires—, sin participación de capitales privados, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos.

ii) Tiene *personería jurídica propia,* lo cual lo transforma en un sujeto de derecho distinto a los Estados que lo integran, y que —por ende— puede litigar en cualquier jurisdicción y fuero, de acuerdo a los hechos y el derecho aplicable.

Así lo establecen el art. 5º del estatuto social del CEAMSE, según el cual "Para el cumplimiento del objeto social, la Sociedad tendrá plena capacidad legal para actuar como persona jurídica de derecho privado, pudiendo realizar toda clase de actos jurídicos y operaciones cualesquiera

sea su carácter legal, incluso de carácter financiero que hagan directa o indirectamente al cumplimiento del objeto de la Sociedad"; y el art. 15, inc. d) del mismo estatuto, que contempla, entre las facultades del Directorio, la de "Iniciar cualquier clase de acción judicial ante toda clase de tribunales nacionales, provinciales y extranjeros, pudiendo incluso querellar criminalmente".

iii) Es un *ente interestatal o bijurisdiccional,* ya que está integrado en partes iguales por dos Estados locales distintos, en los que desarrolla sus actividades.

iv) Es un *sujeto regido por el derecho público,* sin perjuicio de la aplicación —para ciertas cuestiones— de normas de derecho privado.

Marienhoff enseña que las empresas del Estado pueden clasificarse de acuerdo a la índole de la actividad que realizan, clasificación que reviste importancia a los efectos de determinar qué rama del derecho —público o privado— es aplicable. Según este autor, las empresas que realizan actividades de carácter industrial o comercial, están sometidas principalmente —aunque no únicamente— al derecho privado, mientras que las empresas cuya actividad consiste en la prestación de servicios públicos, tienen un sistema jurídico de derecho público (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. I, p. 475, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995).

Pues bien, el CEAMSE tiene por objeto principal planificar, proyectar y ejecutar, dentro del área metropolitana, (*a)* la disposición final de residuos mediante el sistema de relleno sanitario, *b)* la recuperación de terrenos bajos e inundables, *c)* un sistema regional de espacios verdes y parques recreativos y *d)* tareas de saneamiento de tierras o ríos (art. 4º del Estatuto Social del CEAMSE). Indudablemente, estas funciones se encuentran estrictamente vinculadas con los fines estatales y el bien público, lo que determina la aplicación del régimen del derecho público en lo pertinente.

v) Es un ente de *carácter regional,* y su actividad no compromete ningún interés federal.

El CEAMSE fue creado para solucionar problemas de carácter no federal que requerían una solución conjunta, porque afectaban a toda el área metropolitana. Lo relativo a los espacios verdes, el tratamiento de la basura, la recuperación de terrenos inundables y los planes de urbanización, son cuestiones típicamente locales.

Por último, los convenios prevén un doble régimen de fiscalización:

i) La *fiscalización interna* está a cargo de un órgano integrante del CEAMSE: la *Comisión Fiscalizadora,* integrada por tres síndi-

cos titulares elegidos por los dos estados integrantes del CEAMSE, y tres suplentes (conf. arts. 19 y 20 del Estatuto Social del CEAMSE).

ii) La *fiscalización externa* fue instrumentada mediante el convenio de fecha 3/6/1982, firmado por el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y el Intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, que le confería la realización de esta tarea de control al Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires y la Contaduría General de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe destacar que, a partir del dictado del dec. 139-GCBA-1996 (luego derogado 245-GCBA/02), en el ejercicio de esta función de control la Contaduría General fue reemplazada por la Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires, que desarrolla actualmente su tarea de acuerdo al plan de trabajo acordado entre la Sindicatura y el CEAMSE con fecha 6/12/2004 (se puede consultar el mismo en la página web de la Sindicatura General de la Ciudad: *http://www.sindicaturagcba.gov.ar/sindicatura/convenios_ceamse.html).*

4. El desarrollo realizado precedentemente nos permite resolver el principal tema que plantea esta causa: si la Auditoría General de la Ciudad es competente para controlar al CEAMSE.

Desde ya adelanto mi respuesta positiva, por diversos motivos.

a) En primer lugar, tanto la CCBA como la ley 70 establecieron que se encuentran sujetas a control de la Auditoría General *todas* las empresas del Estado que integre el Estado local, sin que importe —a tales efectos— el grado de participación que tenga la Ciudad.

En efecto, el art. 4º de la ley 70 establece que el sector público sujeto al sistema de control local comprende a "las empresas y sociedades del Estado". Por su parte, el art. 135 CCBA establece que la Auditoría controla a "las empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación".

Como enseña la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la primera regla de interpretación de las ley es es dar pleno efecto a la intención del legislador (*Fallos,* 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (*Fallos,* 299:167). Es decir, los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (*Fallos,* 300:973), ya que no cabe presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador (*Fallos,* 303:1041; 306:721; 319:1311).

Por lo tanto, si el constituyente y legislador locales hubiesen querido limitar el control de la Auditoría General a las empresas estatales con participación mayoritaria de la Ciudad, lo habrían aclarado en las normas

correspondientes. Pero nada dijeron al respecto, se refirieron lisa y llanamente a las "empresas estatales", lo cual nos conduce inexorablemente a concluir que "todas" las empresas estatales están comprendidas en el sistema de control local.

En otras palabras, si la ley no establece ninguna limitación, no corresponde que se consagre por vía interpretativa, porque ello contradiría los deseos del legislador.

b) Lo establecido en la última parte del art. 132 de la ley 70 refuerza lo anteriormente dicho.

Allí se establece que la Auditoría General de la Ciudad ejerce su competencia sobre "todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública".

El propio CEAMSE, en el escrito de contestación de demanda, reconoce que *recibe fondos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* para remunerar la prestación del servicio de disposición final de residuos en sus centros de disposición (ver fs. 438 vta. y ss.), tarea de indudable finalidad pública. Por lo tanto, en este caso particular es aplicable la previsión legal transcripta, que habilita el control de la Auditoría.

c) Por otra parte, la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general de ellas y los fines que las informan (*Fallos,* 264:152; 265:256 y 272:219).

Y en este sentido, la interpretación que propongo es la más acorde con los principios en que se inspira y la finalidad que persigue el sistema de control de la Ciudad.

He dicho anteriormente que, en virtud del *principio de publicidad,* el modelo de control local pretende que los ciudadanos sepan a qué se destinan y cómo se utilizan los recursos de la Ciudad de Buenos Aires. Y es que la *transparencia* en el manejo de los recursos públicos es un fin inherente y esencial al modelo republicano.

En este sentido, es importante tener en cuenta las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción —aprobada por ley 24.759—, que en su art. III —referido a las medidas preventivas— dispone que "A los fines expuestos en el art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) *6.* Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción (...) *9.* Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas (...)"

Considero que el control que pretende realizar la Auditoría General de la Ciudad sobre el CEAMSE es plenamente compatible con las pautas

señaladas, ya que promueve una mayor transparencia, al posibilitar un mayor control sobre los estados contables financieros y la cuenta de inversión del ente bijurisdiccional, que recibe fondos públicos de la Ciudad.

Por el contrario, y como acertadamente destaca el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, la negativa del CEAMSE a someterse al control de la Auditoría General llevaría a una situación de falta de control externo, ya que si se aplica el mismo razonamiento a la Provincia de Buenos Aires dicha jurisdicción tampoco podría realizar un control externo atento poseer solamente el 50 % del capital accionario del CEAMSE.

d) Asimismo, en el ejercicio de la tarea de fiscalización de la gestión del CEAMSE, la Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires no reemplaza ni puede reemplazar a la Auditoría General, ya que *ambos tipos de control son diferentes y complementarios.*

Como hemos visto precedentemente, la Sindicatura ejerce un control interno de la gestión, mientras que la Auditoría ejerce un control externo, con las diferentes implicancias que conlleva. No es lo mismo que la gestión de los directores del CEAMSE, propuestos —en forma exclusiva o compartida— por los Poderes Ejecutivos de la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, sea controlada por la Sindicatura General de la Ciudad —cuyo titular también es designado y depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo local—, que si dicha tarea de control es realizada por la Auditoría General, cuyos integrantes son designados y dependen de la Legislatura.

Así lo entiende la Constitución local en su art. 132 —reproducido en lo pertinente por el art. 119 de la ley 70—, según el cual la Ciudad cuenta con un modelo de control integral e integrado que "...comprende el control interno y externo del sector público, que opera de manera coordinada en la elaboración y aplicación de sus normas". Es decir, entre ambos tipos de control hay una coordinación, una complementariedad y no una sustitución o anulación, como pretende el CEAMSE en su contestación de demanda.

e) Como dije anteriormente, el CEAMSE es una empresa del estado sujeta a determinadas normas de derecho público, atento su finalidad y el hecho de estar integrada por dos Estados locales.

Por lo tanto, siempre que no obstaculice el ejercicio de su función, *al CEAMSE le son aplicables normas e instituciones de derecho público* tanto de la Ciudad de Buenos Aires, como de la Provincia de Buenos Aires.

Más precisamente, el sistema de control del sector público de la Ciudad de Buenos Aires, instituido en los arts. 132 a 137 CCBA y los arts. 119 a 148 de la ley 70, es plenamente aplicable al CEAMSE, ya que en nada perjudica la actividad del ente bijurisdiccional.

La tarea de control que pretende realizar la Auditoría General implica solicitar determinada información y documentación a las autoridades del CEAMSE, analizarlas y luego elabora informes o dictámenes de carácter público que pone en conocimiento de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto, y como el control que realiza es de carácter *posterior,* no participa, y por ende no puede obstaculizar, el procedimiento de toma de decisiones del CEAMSE.

5. Asimismo, y como sostiene atinadamente el Dr. Lozano, las disposiciones de la *ley 19.550* —aplicables al CEAMSE— contribuyen a reforzar la conclusión precedentemente expuesta.

Como dijera anteriormente, en virtud de lo normado por el art. 2º de la ley 20.705 son aplicables a las sociedades del Estado —entre ellas, el CEAMSE— las normas que regulan las sociedades anónimas, las que se encuentran contenidas principalmente en la ley 19.550.

El art. 55 de dicha ley consagra, como principio general, el *derecho a la información* de los socios de cualquier sociedad comercial, al establecer que "los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes".

El mismo artículo establece excepciones a este principio general. Y es así que ese derecho no puede ser ejercido directamente por el socio si existe sindicatura o consejo de vigilancia —como ocurre con las sociedades anónimas—, ya que en esos supuestos el control de la sociedad lo ejerce el órgano de fiscalización.

Sin embargo, el art. 294 inc. 6º —inserto en la sección referida a las sociedades anónimas— consagra como deber del síndico "...suministrar a accionistas que representen no menos del dos por ciento (2%) del capital, en cualquier momento que éstos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia...". En estos casos, y atento la considerable participación accionaria del socio en cuestión, el control que puede ejercer es más acentuado que el que corresponde a los socios con menor participación en el capital social.

Sería el caso del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, quien atento poseer el 50% del capital social del CEAMSE, puede exigir a los órganos de dicha empresa estatal —más precisamente, a la Sindicatura— la entrega de la información necesaria para practicar un adecuado control de la actividad societaria. Y ya hemos visto que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 70, establecen claramente que la Ciudad de Buenos Aires ejerce dicha función de control a través de determinados órganos, entre los que se encuentra la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires.

En conclusión, la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires es el órgano constitucional y legalmente competente para ejercer la función de control, y por tanto puede exigir a los órganos correspondientes del CEAMSE, en los términos del art. 295, inc. 6º de la ley 19.550 y en representación del socio "Ciudad Autónoma de Buenos Aires", la entrega de información necesaria para cumplir dicha función.

6. Párrafo aparte merece el argumento de la *supuesta interferencia de la Auditoría General en la provincia de Buenos Aires.*

El CEAMSE es un sujeto con personería jurídica propia, distinta a la de sus integrantes, y que puede litigar en cualquier jurisdicción y fuero, de acuerdo a los hechos y el derecho aplicable (arts. 5º y 15 inc. d] de su estatuto social). No hay posibilidad alguna de confundir al CEAMSE con la Provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, la actividad de contralor que realice la Auditoría no tiene ninguna incidencia fuera del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, la realización de informes y dictámenes puede servir de fundamento para que los Poderes Ejecutivo y Legislativo local adopten medidas, pero siempre respetando sus atribuciones y competencias.

Y por último, la intervención de la Auditoría General de la Ciudad no impediría de ninguna manera que la Provincia de Buenos Aires, si lo considera pertinente, disponga en el futuro instrumentar una modalidad similar de control externo del CEAMSE.

No se aprecia, entonces, de qué manera las tareas de control que realice la Auditoría podrían perjudicar a la Provincia de Buenos Aires, ni tampoco lo explica adecuadamente el ente demandado.

7. Por todo lo expuesto, voto en el mismo sentido que la Dra. Ruiz, propiciando hacer lugar a la demanda y condenar al CEAMSE a facilitar toda la información y documentación que responda al requerimiento que efectúe la AGCABA en el marco del "Proyecto de Auditoría nº 5.04.01".

Costas por su orden, en atención a que por las particularidades —en cuanto la litis se ha trabado entre entes públicos— y complejidad de esta causa ambas partes pudieron considerarse con derecho para sustentar sus respectivas pretensiones (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El Presidente de la Auditoría General de la Ciudad interpone demanda contra Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) solicitando al Tribunal que "confirme la competencia de mi representada para efectuar tareas de contralor en el CEAMSE y a tal fin ordene a dicha sociedad del Estado que facilite la información que se

so1icita en el marco del Proyecto de Auditoría nº 5.04.01". Fundó su pretensión, principalmente, en la CCBA (art. 135) y en las leyes locales 70 y 325 (fs. 123/139).

Por su parte, la demandada sostiene que el conflicto de autos "consiste en la pretensión de aplicar normas de derecho interno local (régimen de control administrativo propio de la Ciudad de Buenos Aires) a un ente interjurisdiccional cuya creación es producto de un acuerdo entre diferentes Estados, prescindiendo de la autorización o permiso de la otra jurisdicción, pretendiendo violentar, asimismo, el sistema de control propio de la figura que ambas partes decidieron conferir al ente jurisdiccional: la Sociedad del Estado" (fs. 438). A su criterio, "habida cuenta de su naturaleza interestatal e interjurisdiccional, [CEAMSE] se encuentra en una posición neutra ante los estados socios que la integran, de lo que se infiere que la legislación administrativa de estos, salvo acuerdo que lo autorice carece de vigencia con respecto a la sociedad" (fs. 452 vta.).

El CEAMSE discute básicamente lo que estima un intento de someter a un ente interjurisdiccional al poder de una de las jurisdicciones involucradas en su formación. En ese orden de ideas, sostiene que no compete al GCABA emitir reglas que impongan controles a una sociedad en la que participa la Provincia de Buenos Aires, persona inmune a sus poderes. En relación con la fiscalización societaria indica que el régimen surge del estatuto y, específicamente, de la ley 19.550 a la que remite a la de Sociedades del Estado (fs. 455 vta.), cuya aplicación no discute. De modo tal que el control estará a cargo de síndicos designados por la Asamblea (conf. art. 284, LSC y art. 19, Estatuto, fs. 444 vta./456 vta.). A ello se suma el convenio de fiscalización adicional celebrado en 1982 entre el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y el Intendente de la ex MCBA (fs. 457).

2. Surge de lo anterior que la demandada no desconoce la calidad de socio del GCBA ni la proporción del capital social que detenta, la condición de órgano de dicho estado de la Auditoría demandante, ni pone reparos por su específico contenido al requerimiento de información formulado. También, revela que la AGCBA pretende ejercer sobre el CEAMSE idénticas potestades a las que, por imperio de la CCBA y de sus normas reglamentarias le asisten respecto de los órganos de la Ciudad. Por su parte, dicha sociedad no reconoce competencia alguna de órganos de la Ciudad distinta de la que proviene del acuerdo suscripto entre ambos socios el 3/6/1982, o la que pudiera emerger de convenios que lo sustituyeren o de su propio consentimiento. Es decir, postula como tesis aquella según la cual no es posible otra fuente del derecho o potestad de la Auditoría de

recabar información o compulsarla que el consentimiento del CEAMSE o de la provincia de Buenos Aires, por lo que ni la CCBA ni la ley 70 pueden ser invocadas a esos fines. Según es sabido, las partes no pueden limitar al juez, como principio, en la selección del derecho aplicable a la solución del conflicto. Pienso que en el caso ella no depende de las normas o acuerdos invocados de modo principal por las partes para fundar sus planteos, en atención a lo cual encuentro más útil reconducir el análisis permitiendo que el replanteo mismo contenga la respuesta de lo que estimo una visión defectuosa. De ello me ocupo en lo que sigue.

Asiste, efectivamente, razón al CEAMSE en cuanto sostiene que el GCBA no puede emitir unilateralmente reglas que la obliguen a la sociedad, a suministrar información a uno de sus órganos o a cualquier otra conducta. Reglas de esa especie sólo pueden provenir de un negocio jurídico entre ambas partes, en la medida en que ello pudiere ser convenido por la sociedad, de una reforma del estatuto de la sociedad votada o acordada por los estados socios o indirectamente de un pacto de sindicación entre ellos; o del Congreso de la Nación. A esta última categoría corresponde la ley 20.705 cuya aplicación a la sociedad demandada, como dije, no ha sido puesta en tela de juicio. Dicha ley remite, en cuanto a la delimitación de buena parte del régimen aplicable a los entes cuya creación posibilita, a las normas que la Ley de Sociedades Comerciales establece para las anónimas. Los socios tienen frente a dichas sociedades derechos que pueden ser clasificados en patrimoniales, políticos y de información. Dentro de éstos últimos, el art. 294 dispone como deber del síndico el "[s]uministrar a accionistas que representen no menos del Dos por Ciento (2 %) del capital, en cualquier momento que éstos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia (...)". La demandada no cuestiona que la información requerida en autos encuadre en dicha norma, ni que la Ciudad detenta una proporción del capital social que no supera la exigencia legal.

Concretamente no objeta la accionada el contenido de la información requerida por medio de las notas obrantes en el expte. 103.004/09 (v. gr. el detalle de todos los préstamos y/o subsidios concedidos por organismos internacionales de crédito detallando fecha de otorgamiento y de cancelación, montos y norma que lo autoriza; listado de seguimiento de pago a proveedores de la cuenta corriente de gastos correspondientes al ejercicio 2003 mencionadas por la AGCBA a fs. 127vta./128).

En cambio, sí cuestiona la potestad de quien la solicita porque sólo reconoce atribución semejante a la Sindicatura General de la CBA conforme surge del convenio obrante a fs. 199/200 y de los planes de trabajo pactados entre el TCBA, la SGCBA y la comisión fiscalizadora del CEAMSE (fs. 400/405).

Cierto es que el fundamento que la actora da a su demanda no lleva a concentrar la respuesta en este aspecto, pero el acogimiento de las pretensiones de las partes es evento previsible, al igual que lo es, la aplicación por el juez del régimen legal pertinente a la solución de la disputa, con independencia del identificado por las partes (conf. mi voto *in re* "R., N. B. y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'R., N. B. y otro c/GCBA s/responsabilidad médica", expte. nº 4246/05, resolución del 22/3/2006 y *Fallos,* 310:1536; 310:2733 y 313:915 entre muchos otros).

La posibilidad de resolver la situación a la luz de la ley 19.550 no escapó a la demandada que, al contestar las misivas de la AGCBA sostuvo, a través del Presidente de la sociedad: "(...) debemos recordar que una Sociedad del Estado interjurisdiccional, como lo es CEAMSE, se rige por la ley 20.705, que remite a la normativa aplicable a las Sociedades Anónimas según lo normado por la ley 19.550 y modificatorias de sociedades comerciales. // De ello se infiere que las facultades de contralor de que disponen, tanto el Gobierno de la Ciudad De Buenos Aires como el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, se ejercitan a través de los miembros de la Comisión Fiscalizadora de acuerdo a lo normado por ellos mismos en el respectivo Estatuto Social que han aprobado para la Sociedad del Estado" (fs. 39).

3. Mientras que fijar reglas para disponer de la información social del CEAMSE escapa a las facultades unilaterales de los socios, por tanto a las del estado local, es privativo de la Ciudad, en cambio, determinar quién o quiénes pueden obrar por ella en el ejercicio de ese derecho.

No hay mucha diferencia, en este aspecto, con lo que ocurriría con personas privadas. Un particular puede obrar por sí, por medio de un mandatario y hasta por más de un mandatario. En lo que hay una enorme diferencia es en las normas que regulan esa representación.

La CCBA ha conferido a la Auditoría misión y funciones trascendentes para la vida institucional de la Ciudad y esencialmente, para la gestión transparente de su patrimonio y le ha asignado atribuciones acordes con su cumplimiento. Esas normas no dejan ningún bien de la Ciudad fuera de la mira de la Auditoría General. Así lo establece el art. 135 de la CCBA: "La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente de la Legislatura, tiene personería jurídica, legitimación procesal y autonomía funcional y financiera // Ejerce el control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad. Dictamina sobre los estados contables financieros de la administración pública, centralizada y descentralizada cualquiera

fuera su modalidad de organización, de empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación, y asimismo sobre la cuenta de inversión (...)". A su vez, la ley 70, que por reglamentaria no puede restringir esa competencia, dispone en su artículo cuarto: "Las disposiciones de esta ley son de aplicación al Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires el cual comprende la Administración Central (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), las comunas, los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de la seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias y las entidades. Asimismo, son aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones públicas o privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya Administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado de la Ciudad de Buenos Aires a través de sus jurisdicciones o entidades". Al respecto, hago propio el profundo análisis que de la normativa aludida formulan los votos de mis colegas, juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, que justifican sobradamente la competencia de la AGCBA para ejercer el derecho que le reconozco en este voto.

Por su parte, para circunscribir el ámbito de la normativa aludida, el CEAMSE, busca enfatizar la parte de la disposición que refiere la participación mayoritaria en el capital social. Empero, su argumento, descuida aquella otra que remite al control de la administración centralizada y descentralizada, al margen de su modalidad de organización, incluidas todas las sociedades cualquiera sea la proporción del capital estatal involucrado; y, por sobre todo, descuida la circunstancia de que la Auditoría es el órgano de fiscalización externa de la Administración mediante cuya actividad toma razón la Legislatura de los movimientos de gestión patrimonial de dicha Administración, aun de la que queda por fuera de la esfera del Poder Ejecutivo. De manera que su postura supone que la participación en una sociedad con otros Estados quiebra el eje conceptual sobre el cual se edifica localmente el concreto ejercicio de los poderes de la Legislatura de examinar la gestión de los negocios del Estado. Justificar tesis con semejante consecuencia requiere algo más que encontrar una supuesta laguna en las palabras empleadas en una ley reglamentaria de la CCBA. Todo ello basta para entender la gestión de la actora en procura de concretar el mandato encomendado y, a su vez, la obligación de observar el cauce normativo que regula los derechos del socio en cuyo interés actúa la accionante.

Sobre esto último, es oportuno señalar que la demandada no arguye que la actuación de más de un representante, en ejercicio de derechos del socio CBA, le provoque inconvenientes o perjuicios que justifiquen restringir el comportamiento de la Ciudad de Buenos Aires. En especial cuando la gestión está referida al derecho a la información y no a otros asuntos (patrimoniales y/o políticos) necesitados de un comportamiento único para el desenvolvimiento social. Mientras que no pueden los socios, por ejemplo, dividir su paquete accionario para votar en la Asamblea por soluciones antagónicas (v. gr. A y no A), es posible, en cambio, concebir que dos representantes de un socio pretendan acceder a datos complementarios de los contemplados por el art. 294 LSC. En este último supuesto, lo relevante es que el socio pueda requerir ambos capítulos de la información pretendida por sus mandatarios (v. gr. el representante 1 solicita información relativa a inversión en títulos valores y el representante 2 pide información sobre el estado de las garantías de los directores; ambos datos podrían ser solicitados por el socio).

4. La sociedad demandada busca escudarse en el convenio cuya copia obra a fs. 199/200. Ese convenio no la tiene por parte, por lo que cabe inferir que no fue suscripto para permitir que lo invocara.

A su turno, no podría suponer la modificación del Estatuto de CEAMSE ni sus firmantes procedieron a modificarlo o intentar modificarlo reconociéndole el sentido de comprometer una futura reforma estatutaria. Cabe en cambio, ver en él, un acuerdo de ambos socios para ejercer sus derechos de modo de facilitar a los órganos allí mencionados (Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires y Contaduría General de la MCBA/Sindicatura General de la CABA, fs. 199/200 y 458 vta.), un acceso a las registraciones, libros y documentos de la sociedad mayor que el que posibilitan los derechos de información previstos en la Ley de Sociedades y acorde con las funciones que esos cuerpos cumplen. Pero, no han sido suministradas razones para que ese acceso se erija en obstáculo para el ejercicio de los derechos de información. El convenio tiene, a todas luces, la intención de ampliar la transparencia, no la de debilitarla.

En tal sentido, para comprender el alcance del acuerdo, es significativo que el Convenio empiece por reconocer que la fiscalización de la sociedad se realiza "bajo el régimen de Sindicatura Colegiada (...) en el marco de las disposiciones legales vigentes en la materia" (v. gr. leyes 20.705 y 19.550) y que, no obstante ello, dado el origen público de los fondos de los que se nutre el CEAMSE, disponga que "resulta menester incluir a Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado en

un régimen especial de fiscalización adicional". Por su parte, el cumplimiento de esa misión *adicional* se atribuye a una comisión conjunta, de la que la AGCBA no ha pretendido formar parte y que, de todos modos, según indica el acuerdo, "deberá tener en cuenta el especial régimen legal y operativo de la Sociedad regulado dentro del marco de la ley nacional 20.705". Concretamente, la fiscalización adicional fue concebida para que los órganos por él aludidos (TCBA y CGMCBA/SGCBA) tuvieran acceso al cúmulo de información necesaria para elevar a sus respectivas jurisdicciones un informe recomendando aprobar u observar, según el caso, la Memoria y el Balance General de cada ejercicio.

Por lo demás, el convenio no puede ser invocado por CEAMSE. Ni siquiera como un medio orientado a defender la soberanía de la Provincia de Buenos Aires de la intromisión que imputa a la AGCBA, porque tal misión no integra el objeto social. Tampoco el convenio tiene virtualidad para impedir el libre ejercicio del derecho reconocido por el art. 294 de la LSC, es decir, carece de injerencia para, en el caso, desconocer la capacidad de la actora para actuar por mandato de uno de los socios (resol. 62/01, Legislatura CABA, fs. 87 vta.) en el marco del art. 19 del estatuto social.

5. Parece oportuno señalar que, si la parte actora pretendiera fundar en el Convenio las potestades que invoca o postularlas como una derivación sobreviviente de su finalidad, debió demandar a la Provincia y no a la sociedad. Por ello, nada de lo dicho supone abrir juicio sobre el punto. Asimismo, vale aclarar que el ejercicio del derecho del socio, por su órgano Auditoría, no empece a las facultades que dicho órgano puede ejercer sobre otros de la CABA. No se trata de dirimir aquí cuál es el alcance de dichas facultades sino sólo aclarar que ellas no quedan alcanzadas, pues están más allá de los confines del litigio.

6. La AGCBA en su demanda impugnó la eficacia que tendría la actuación de la comisión fiscalizadora del CEAMSE así como las tareas de la SGCBA para reemplazar la función que le fuera encomendada por la Legislatura local (fs. 135). Explica que el objeto y la finalidad que persigue cada uno de los órganos mencionados difiere entre sí y también es distinta a la que dispone el art. 135 de la CCBA. Concretamente su actuación, indica, se distingue como auditoría de relevamiento que "ayuda a sensibilizar e ilustrar al Poder Legislativo a través de la remisión de sus investigaciones —plasmadas en informes que no son secretos, sino públicos— a los efectos de su consideración (art. 144 , inc. G) de la ley 70) [fs. 126 vta./127]. La argumentación ensayada sin embargo soslaya que lo

que aquí se discute es el derecho a acceder a la información societaria y no cuál será el uso al que se la destine. Así, resuelto el punto conforme lo previsto por el art. 294 de la LSC y 19 del Estatuto social, queda satisfecho el interés invocado por la AGCBA como comprometido en el pleito. En tal contexto, excede las necesidades de autos opinar sobre el uso que se de a la información que la comisión fiscalizadora debe proporcionar a la actora.

7. El contenido de la sentencia que puede dictar el Tribunal viene determinado por el modo en que quedó trabada la *litis* entre quienes integran el pleito: AGCBA y CEAMSE. Por obvio que parezca, retomando lo señalado en el punto precedente, los derechos que pudieran corresponder a la Provincia de Buenos Aires y a la CABA como fruto de convenios interjurisdiccionales no están en juego, porque no son disponibles para ninguna de las partes de este juicio.

Al margen de los fundamentos jurídicos esgrimidos en autos, la norma con virtualidad para definir la disputa es la ley 19.550 a la que remite la LSE. Las divergencias o conflictos entre un socio y la sociedad, como ocurre en autos, deben ser zanjadas conforme al régimen previsto en la normativa mencionada. Ello así, en autos no se trata de definir la competencia de la AGCBA ni de ordenar una auditoría sino, antes bien, de permitir que el órgano designado por uno de los socios acceda a los datos que a éste le acuerda el art . 294 de la LSC.

Por las razones dadas, corresponde condenar al CEAMSE a facilitar la información y documentación a la que remite la demanda y la que competa a la AGCABA solicitar como órgano de control con el alcance expuesto en este voto. El modo en que se resuelve la cuestión, sumado a las aristas poco usuales de la controversia sometida a decisión y a que la litis se ha trabado entre entes públicos, justifica imponer las costas en el orden causado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Corresponde determinar si CEAMSE, una *Sociedad del Estado interjurisdiccional* (ente con personalidad jurídica propia, diferenciada de las autoridades públicas que decidieron crearla), en la que participa el GCBA, puede o no ser sujeto pasivo del control que, sobre la base de las atribuciones conferidas por el art. 135, CCBA, reclama la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, AGCABA) en el marco de su "Proyecto de Auditoría nº 5.04.01".

El art. 135 de la Constitución local dispone que la Auditoría General de la Ciudad "(d)ictamina sobre los estados contables financieros de la

Administración Pública, centralizada y descentralizada cualquiera fuera su modalidad de organización, de empresas, sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación (...)" —el destacado ha sido añadido.

2. Por su parte, CEAMSE[26] no desconoce que sus recursos en alguna medida se nutren de ingresos de carácter público provenientes de las arcas del Estado local. Ello es así, toda vez que, en su contestación de demanda, la accionada en forma genérica y sin mayores aclaraciones niega "que se encuentren comprometidos fondos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires *de tal carácter que justifiquen la intervención de la AGCABA*" (fs. 435) y "que CEAMSE perciba fondos de la ley de presupuesto *que determinen o justifiquen la intervención de la AGCABA*" (fs. 435 vta.).

Sin perjuicio de lo señalado, CEAMSE se rehúsa a otorgar la información acerca de su funcionamiento solicitada por el órgano de control externo del GCBA contemplado en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 135). La demandada, básicamente, afirma que las disposiciones de la aludida Carta Magna local le son inoponibles y que la cuestión se regula a partir de las reglas que configuran la típica fiscalización en materia societaria que, en este caso, se encuentra contemplada en su propio estatuto. Este control se ha puesto a cargo de una *Comisión Fiscalizadora* compuesta por *tres síndicos*, uno y su respectivo suplente propuestos por la Provincia, otro y su respectivo suplente propuestos por la Ciudad —para luego todos ellos ser elegidos por la Asamblea— y, finalmente, el tercero y su respectivo suplente, directamente designados por los socios de común acuerdo, aunque sobre la propuesta que efectúe la Ciudad (conf. art. 19, Estatuto).

[26] La Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado —CEAMSE— es una entidad descentralizada de carácter interjurisdiccional, creada mediante un convenio celebrado en el año 1977 entre la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires. Su capital social pertenece a ambos Estados (provincia y ciudad autónoma) por partes iguales. Su objeto primario es contribuir al equilibrio y a la preservación ecológica del área metropolitana, a la eliminación de la polución ambiental y al saneamiento de los acuíferos y los suelos. Esto consiste en planificar, proyectar y ejecutar —por sí o mediante contratación con terceros— la prestación de servicios de recolección y disposición final de residuos sólidos; la prestación de servicios de barrido y limpieza de vías y lugares públicos, de poda y forestación; la recuperación de terrenos bajos e inundables; tareas de saneamiento de tierras y ríos; parquización; defensas contra las inundaciones y cualquier clase de acción de saneamiento de cuencas hídricas que surcan el Área Metropolitana. La Sociedad tiene plena capacidad legal para actuar como persona jurídica de derecho privado, pudiendo realizar toda clase de actos jurídicos y operaciones cualesquiera sea su carácter legal, incluso de carácter financiero que hagan directa o indirectamente al cumplimiento su objeto (conf. art. 4º, Estatuto).

Además, destaca CEAMSE que las jurisdicciones locales que determinaron su creación suscribieron oportunamente un "Convenio de Fiscalización Adicional" —celebrado en el año 1982 entre el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires y el Intendente de la ex MCBA, aprobado a su turno mediante el dec. ley 9841 de la provincia y la ordenanza 37.909 del entonces municipio—. El mencionado convenio establece la intervención del H. Tribunal de Cuentas provincial y de la Contaduría General del ex municipio (función que hoy ejerce la Sindicatura General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y permite a los órganos citados elaborar, con anterioridad a la fecha prevista para la realización de la Asamblea Ordinaria en la que corresponda considerar la Memoria y Balance General del ejercicio concluido, un informe causado "para aconsejar la aprobación u observación de dicha documentación y los fundamentos" (conf. Cláusula Segunda del Convenio).

En tales condiciones, CEAMSE estima que una de las jurisdicciones locales involucradas en su formación (es decir, el GCBA, como continuador de la ex MCBA) no puede imponerle una obligación de brindar información *en forma unilateral*, sino que, en todo caso, debería suscribirse un nuevo convenio *interjurisdiccional*.

3. Concretamente, el "Proyecto de Auditoría nº 5.04.01" prevé con relación a CEAMSE la realización de un estudio que concluiría con un dictamen que se presentaría ante la Legislatura local para dar cuenta de los resultados obtenidos. Por lo tanto, debe remarcarse que el apuntado dictamen no sería susceptible de producir por sí mismo efectos jurídicos sobre la demandada, ni mucho menos sobre el otro socio en el CEAMSE, la Provincia de Buenos Aires.

4. Corresponde destacar que, más allá del argumento propuesto por CEAMSE que fuera explicado en el punto 2 precedente, no se ha brindado otra justificación a la negativa de colaboración requerida por la Auditoría. En efecto, CEAMSE en ningún momento ha alegado que acceder a la solicitud requerida altere, entorpezca o impida su normal funcionamiento, ni mucho menos el logro de sus objetivos (que, de más está decirlo, trascienden su mero interés particular).

5. Tal como lo sostuve en el voto conjunto que suscribiera con la doctora Ana María Conde, al rechazar la excepción de incompetencia interpuesta y la citación de terceros solicitadas por CEAMSE en este mismo expediente (sentencia del 30/11/205), la sociedad demandada se encuentra regulada por un *sistema complejo*, presidido por disposiciones de derecho privado en lo que hace al objeto específico de su actuación, pero in-

fluido por normas de derecho público, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino comercial o industrial de su actividad (conf. doctrina de *Fallos,* 311:750).

6. Ahora bien, sin perjuicio de compartir el más que fundado desarrollo que realizan mis colegas Alicia E.C. Ruiz, Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en sus respectivos votos para hacer lugar al pedido de la AGCABA, creo que también puede resultar útil no poner el acento en la hojarasca de normas que integran el régimen jurídico de CEAMSE (S.E), ni en su *nomen iuris* —que puede inducir a confusión—, sino detenerse en la realidad de su estructura (conf. Bianchi, Alberto B.: "Anotaciones sobre los conceptos de Administración pública y función administrativa", *ED,* 129-266, comentario del pronunciamiento de la CSJN aludido en el punto anterior, en el cual se ordenó a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria a otorgar vista de unas actuaciones en las que tramitaba una licitación decidida sin comunicar su resultado a una oferente en el procedimiento de selección distinta de la adjudicataria).

7. Existe en este caso un dato de la realidad incontrastable: el capital social de CEAMSE pertenece por partes iguales (50 % y 50 %) al GCBA y al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

Desde esta óptica, más allá de que CEAMSE posea una personalidad jurídica propia y un patrimonio también propio —y la ley 20.705 prevea la inaplicabilidad a las sociedades del Estado de la "ley de contabilidad"—, es incorrecto pensar que, sólo por haber sido constituida como una sociedad del Estado interjurisdiccional, ella pueda posicionarse automáticamente por sobre las autoridades constitucionales de las jurisdicciones signatarias de los acuerdos que determinaron su creación para, sin más, autoproclamarse dispensada de acatar *cualquier otro precepto* que no se encuentre expresamente consignado en su estatuto o en el Régimen de Fiscalización adicional.

El control de una sociedad integrada en su totalidad por capitales públicos que percibe, gasta y administra fondos públicos es una cuestión que parece exceder en buena medida el ámbito propio del derecho común. La prueba de ello está dada por la forma en que se abordó el tema en este caso puntual: *a)* la Comisión Fiscalizadora de CEAMSE es designada por autoridades del GCBA y de la Provincia de Buenos Aires; y *b)* las autoridades locales citadas entendieron que resultaba necesario suscribir un convenio para implementar un sistema de control adicional sobre la entidad descentralizada que habían decidido crear.

8. Pero aun desde el punto de vista del derecho privado, es muy claro mi colega, doctor Luis Francisco Lozano, cuando en su meduloso voto pone de resalto —al encuadrar la cuestión a partir de la ley 19.550 (como pretende CEAMSE)—, que, aun en las sociedades anónimas, el síndico debe suministrar a los accionistas que representen no menos del 2% del capital, en cualquier momento que éstos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia (art. 294, inc. 6º, LSC).

A ello se agrega que, en este caso, uno de los socios, el Estado local, merced a lo dispuesto en el art. 129 de la C.N., ha dictado su propia Constitución y en ella ha regulado el funcionamiento básico de sus principales instituciones, poniéndose en cabeza de un órgano determinado (la AGCABA) el control externo de las sociedades en las que la Ciudad tenga participación (art. 135).

9. Estimo que el argumento de CEAMSE se diluye aún más ni bien se advierte que el propio Estatuto de la sociedad prevé que su liquidación "sólo podrá ser resuelta por los Socios *de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5º de la ley 20.705*" (el destacado ha sido agregado).

La citada Ley de Sociedades del Estado 20.705, a la que remite en forma expresa el Estatuto de CEAMSE, prevé en su art. 5º que este tipo específico de entidades descentralizadas no podrán ser declaradas en quiebra y que "(s)ólo mediante autorización legislativa" podrá el Poder Ejecutivo resolver su liquidación.

Sentado lo expuesto, entiendo que, si una medida extrema como puede ser la liquidación de una sociedad del Estado requiere necesariamente de la *autorización legislativa* de la jurisdicción (o jurisdicciones) que acordó (o acordaron) constituir a esa persona jurídica, no parece razonable que el órgano de control externo que justamente *asesora al departamento legislativo* de uno de los socios (la AGCABA) no pueda recabar la información pertinente para dictaminar sobre ciertos aspectos de su gestión. Recuérdese que el "plan de auditoría" que nos ocupa ha sido aprobado por la Legislatura local mediante resol. 62/2001 en su Sesión Ordinaria del 31/5/2001.

Todo lo expresado demuestra que el Poder Legislativo local no es una autoridad desvinculada de la vida y obra de CEAMSE, pues, en definitiva —además de sancionar anualmente el Presupuesto de Gastos y Recursos y de considerar la cuenta de inversión previo dictamen de la Auditoría (art. 80.2, incs. 12 y 13, CCBA)—, es quien debería, llegado el caso, autorizar su liquidación.

A continuación, es posible afirmar que tampoco está desvinculado del CEAMSE el asesor principal de la Legislatura en materia de control, la AGCABA.

10. La línea argumental del CEAMSE tampoco es consistente cuando se aferra con devoción al aludido *"Convenio de Fiscalización Adicional",* celebrado en el año 1982 entre el Gobernador de la Pcia. de Buenos Aires y el Intendente de la ex MCBA, aprobado a su turno mediante el dec. ley 9841 de la provincia y la ordenanza 37.909 del entonces municipio.

Aún si admitiéramos que pudiera ser invocado por CEAMSE (véase en este sentido las agudas reflexiones volcadas por el juez Luis F. Lozano en el punto 4 de su voto), el citado convenio, como se dijo, estableció la posibilidad de la intervención del H. Tribunal de Cuentas provincial y de la Contaduría General del ex municipio (función que hoy ejerce la Sindicatura General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Así las cosas, mal puede la demandada alegar que, a causa de la vigencia del Convenio, *el órgano de control externo del GCBA* (AGCABA) se encuentra impedido de solicitarle información, cuando sí puede hacerlo *el órgano de control externo del otro socio* (H. Tribunal de Cuentas de la Pcia. de Buenos Aires). Asimismo, cabe consignar que una lectura posible del régimen citado permite presumir que el mentado "Convenio de Fiscalización Adicional" del año 1982, en realidad, dispuso el control de la Contaduría General de la ex MCBA (órgano de control interno) porque en aquel momento el Tribunal de Cuentas Municipal, si bien previsto en la Ley Orgánica 19.987 como un órgano de control externo con competencia para emitir opinión sobre los gastos e inversión de las cuentas municipales al Concejo Deliberante —art. 86, inc. a)—, no se había creado (y de hecho nunca se creó).

Sobre este punto, además, coincido con lo expresado en el fundado voto de mi colega, doctora Ana María Conde, en el sentido de que el control que desarrolla la Sindicatura General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no reemplaza ni podría reemplazar al que debe implementar la Auditoría General, pues ambos tipos de control "son diferentes y complementarios" —conf. punto 4 d) de su sólido voto, al que me remito en homenaje a la brevedad.

De manera tal que, en mi concepto, la vigencia del Convenio del año 1982 lejos está de impedir que la AGCABA despliegue la atribuciones que le confiere la Constitución local sobre el CEAMSE.

11. En suma, entiendo que corresponde hacer lugar a la demanda y condenar a CEAMSE a facilitar toda la información y documentación que responda al requerimiento que efectúe la AGCABA en el marco del "Proyecto de Auditoría nº 5.04.01", sobre la base y con los alcances de lo dispuesto en el art. 135 de la CCBA.

Costas por su orden, en atención a las particularidades de esta causa —en cuanto la litis se ha trabado entre entes públicos— y a que ambas

partes pudieron considerarse con derecho para sustentar sus respectivas pretensiones (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Al pronunciarme respecto de la admisibilidad de esta acción, sostuve que el planteo formulado por la actora debía ser rechazado, pues consideré que la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carece de legitimación activa a los efectos de la interposición de esta demanda. Asimismo, ella se dirige a un ente que carece de legitimación pasiva frente a la actora. Como lo explica Lino E. Palacio, no se verifica en el caso la coincidencia "entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (*legitimación activa*) y para contradecir (*legitimación pasiva*) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa" (*Derecho Procesal Civil*, t. I, Cap. VI, p. 406).

2. En cuanto a la ausencia de este *requisito intrínseco* de la pretensión procesal, yo ya he explicado en mi voto referido a la admisibilidad, y en primer lugar, que la Auditoría funda su legitimación procesal o, más estrictamente, su posibilidad de accionar ante el TSJ en este caso, en los arts. 113, inc. 1º y 135 de la CCBA. Sin embargo, como argumenté entonces, el art. 135 de la Constitución local sólo se refiere a una *condición extrínseca* de la pretensión, a saber: la capacidad del ente en cuestión —la Auditoría— para ser parte (aptitud para ser titular de derechos y deberes procesales), así como su capacidad procesal (aptitud para ejecutar actos procesales válidos, por sí mismo o a través de un mandatario; ver Palacio, ob. cit., pp. 396 y ss.). La norma no se refiere, en cambio, a la legitimación del ente para intervenir en procesos *determinados*, sino en una serie *indeterminada* de ellos, sin tomar en consideración "las concretas relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten" (Palacio, p. 405). Como lo expuse en la resolución del 30/11/2005, "[v]istas las cosas de esta manera, el art. 135, CCBA, no resuelve la cuestión, aun cuando mencione la capacidad de la Auditoría respecto de sociedades o entes en los que la Ciudad tenga participación" (punto 1, al que remito para el examen de otras consideraciones y ejemplos por razones de brevedad, y en el que contemplo vías efectivamente disponibles para la Auditoría frente al propósito de controlar inversiones y subsidios que la Ciudad aporta al CEAMSE u obtener la información que requiere en esta demanda).

Por lo contrario, la función de la Auditoría se identifica con la fiscalización de los órganos de decisión de la CABA a fin de verificar la aplicación adecuada de los recursos públicos *de la Ciudad* que se hubiesen

otorgado como aportes o subsidios, según la interpretación a mi juicio más elegible que corresponde dar al art. 135, tercer párrafo, de la CCBA. Como ya lo he sugerido, *a)* la posibilidad de identificar de modo claro y circunspecto esta facultad o función, y *b)* la correcta caracterización de la Auditoría como un órgano de control *exclusivamente de la Ciudad de Buenos Aires*, me persuaden de la manifiesta falta de legitimación de esta entidad para demandar la fiscalización de otro ente que pertenece a dos jurisdicciones autónomas y tiene su domicilio fuera del territorio de la Ciudad.

3. En segundo lugar, no hay desacuerdo con mis colegas en punto a que, por imperio de la ley nacional 20.705, una sociedad del Estado como CEAMSE se rige (por remisión) por la ley nacional 19.550. Sin embargo, el art. 6º de la primera ley citada dispone, para las sociedades del Estado, que "[n]o serán de aplicación a [aquéllas] las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos". Por lo demás, CEAMSE es una entidad *interjurisdiccional* y resultan aplicables a él las disposiciones que regulan las sociedades anónimas, entre las que se cuentan aquéllas que instituyen los órganos de fiscalización, cuya elección ha dependido del estatuto del CEAMSE y de los acuerdos ulteriores entre las jurisdicciones o autonomías involucradas. Más allá del acierto y de la eficacia en la concreción de esa elección, el modo como ella se ha materializado despoja a la Auditoría General de la Ciudad de la legitimación activa para perseguir la fiscalización e información respecto de CEAMSE, pretendida en su demanda. Por paridad de razonamiento, estas circunstancias alejan igualmente al mismo CEAMSE de la legitimación pasiva con relación a esa pretensión. No hace mella en mi conclusión la disposición contenida en el art. 4º de la ley 70 que, en la más benévola de las interpretaciones, impone tomar en cuenta el carácter mayoritario de la participación del Estado local a los efectos de comprobar la aplicabilidad de esta norma al caso.

4. Las objeciones que sostuve al pronunciarme sobre la admisibilidad de la acción, antes explicadas, subsisten para mí al momento de expedirme acerca del fondo de la cuestión, pues, como procuraré sintetizarlo *infra*, nada se expuso en la audiencia (arts. 6º y 21 de la ley 402), celebrada el 29/11/2006, que me conduzca a reflexionar acerca de aspectos anteriormente no contemplados de la acción, susceptibles de convencerme al punto de reputar subsanadas mis objeciones de base.

En primer término, la invocación por la Auditoría del art. 135 de la CCBA como pieza central de la fundabilidad de la acción y del derecho de la actora a auditar, nada agrega o sustrae a mi criterio, puesto que la parte

no explicó de modo convincente —ni, a mi juicio, pudo haberlo hecho— la forma en que dicha norma se erige en sustento de la potestad de auditar a una sociedad en igual parte perteneciente a otra jurisdicción y con sede en otro territorio. Más aún: la Auditoría no ha explicado las razones por las que, para una sociedad como la descripta (CEAMSE), resultan aplicables las leyes y la Constitución de la Ciudad.

En segundo término, la actora hace referencia al fallo citado en la contestación de la demanda —CEAMSE c/Nuevo Ambiente - Centro vecinal Punta Lara s/amparo—, dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, como contradictorio con el criterio de CEAMSE en esta demanda, supuestamente indicativo de que CEAMSE no acepta control alguno —nacional o local—. Independientemente de la corrección o incorrección de esta inferencia por parte de la Auditoría, lo cierto es que, como ya lo he sostenido y reiterado, más allá de la eficacia, ineficacia, del acierto o desacierto en la elección de los órganos de fiscalización que el estatuto del CEAMSE y los acuerdos ulteriores entre la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires pueda denotar, *a)* dichos órganos han sido electos conforme a la ley que rige a sociedades del Estado como CEAMSE y *b)* dicha elección, reitero, despoja a la Auditoría de legitimación activa para elevar la pretensión que hace al objeto de su demanda, y al CEAMSE, de legitimación pasiva respecto de aquélla.

En caso de asistirle razón a la actora al sugerir cierta renuencia de la demandada a ser sometida a control de algún tipo, ello es resultado de *criterios consensuados* en la elección de los órganos de fiscalización, cuyo sustento normativo es nada menos que una ley nacional, la 20.705. Así como no hace al papel del Tribunal examinar el carácter de la elección de tales órganos en términos de eficacia e idoneidad, menos aún lo es aventurar especulaciones, por caso: "así las cosas, CEAMSE tendría la oportunidad de evadir todo control, nacional, local, o de cada jurisdicción. ¿Por qué se desenvolvió así y no de una manera más satisfactoria la traba de acuerdos entre las autonomías involucradas?". Desde luego, no es tarea del Tribunal aventurar estos juicios; pero ello no significa eximir necesariamente de razón a quien desee formularlos. Más allá de ello, ningún elemento de la controversia sometida a decisión torna sostenible el argumento de que la Auditoría y el CEAMSE fueron llevadas a estar donde y como están, sino que, simplemente, así lo decidieron.

Por último, el criterio de CEAMSE al abstenerse de ejercer el derecho a alegar en la audiencia por hallarse en trámite la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesta ante la CSJN, a fin de que su intervención no pudiese ser interpretada por la Corte como un "desisti-

miento tácito" de aquélla, no me impone ensayar comentario alguno, puesto que es la falta de legitimación (activa y pasiva en el *sub examine*), *no* mi posición respecto de la competencia del TSJ para entender en esta acción, aquello que, efectivamente, constituye el núcleo de mi voto.

5. Por su importancia, volveré muy brevemente sobre dos aclaraciones —por su reiteración ahora, dos señalamientos— que estimé relevante efectuar al fundar mi opinión sobre la inadmisibilidad formal de esta acción, y que son analizados en profundidad por mis colegas preopinantes. Corresponde decir nuevamente, y en primer lugar, que mi voto no conlleva afirmación o negación alguna respecto de la competencia local o federal a los fines de expedirme sobre esta demanda. Como lo expuse entonces, "[l]a cuestión acerca de si se trata de derecho federal el llamado *derecho intrafederal*, o el *federalismo de concertación* entre estados autónomos de nuestra República no está, entonces, contenida en mi decisión" (punto 3.b).

Sabido es que, entre los requisitos *extrínsecos* (específicamente, procesales) de la pretensión, se cuenta el de la *competencia del sujeto*, como la habilitación de la que debe hallarse provisto para satisfacerla (Palacio, p. 398). En cambio, como fruto de mi análisis y de mis primeras impresiones sobre la controversia, reafirmadas luego tras la audiencia y un estudio exhaustivo del caso, yo he comenzado mi exposición por la detección de la ausencia de un requisito *intrínseco* de la pretensión esgrimida por la actora contra la demandada, una vez más, la falta de legitimación de ambas partes. Las conclusiones a las que he arribado respecto de esta ausencia de una *conditio sine qua non* torna superfluo, en mi caso, pronunciarme acerca de cuestiones de competencia involucradas en la demanda puesto que, como es sabido, la validez de una pretensión depende de la concurrencia de sus recaudos extrínsecos e intrínsecos que, a la manera tradicional, pueden describirse como *individual y colectivamente necesarios*, sin que la presencia de algunos y la ausencia de otros selle la *suficiencia* del planteo.

En segundo lugar, tampoco resulta ocioso recordar que, tanto en mi voto sobre la admisibilidad de la acción como en este pronunciamiento, yo no estoy expidiéndome de oficio, esto es, sin excepción alguna interpuesta por la demandada, en contra de la legitimación activa de la Auditoría General de la Ciudad, o en contra de la legitimación pasiva del CEAMSE, más allá de los términos empleados en el escrito en el cual son planteadas las excepciones.

6. Para concluir, como lo explica con suficiencia la señora jueza de trámite, Alicia Ruiz, los alcances de la petición de la actora superan am-

pliamente el planteo de una acción declarativa de certeza, o acción meramente declarativa. En efecto, una mera declaración por parte del Tribunal no satisfaría su pretensión, que contiene el requerimiento de que el TSJ *ordene* al CEAMSE que éste facilite "la información que se solicita en el marco del Proyecto de Auditoría 5.04.01". Antes que una declaración, el Tribunal está llamado a expedirse sobre una obligación de hacer. Aunque la imprecisión en el planteo del objeto de la pretensión por parte de la Auditoría no cambia sustancial ni superficialmente los fundamentos sobre cuya base decido, no me parece ocioso señalar que esta nueva peculiaridad de la demanda resta plausibilidad a la presentación bajo estudio, de por sí pletórica de vicisitudes y aristas inusuales.

7. Como no se ha verificado la concurrencia de los requisitos de admisibilidad a los que me he referido, no están dadas las condiciones para que yo me pronuncie sobre el mérito de la pretensión, o sobre si ésta es fundada o no lo es. Así las cosas, no me resulta posible encarar el examen de fundabilidad que sigue al de admisibilidad; esto es, resultaría ilógico que yo dijera algo acerca de si un determinado efecto jurídico corresponde o no corresponde a la situación de hecho invocada —correspondencia en que el examen de fundabilidad consiste.

8. Por las razones que anteceden, propicio el rechazo de la demanda por el Tribunal Superior, con costas para el actor.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la demanda instaurada por la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y *condenar* a la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) a facilitar la información y documentación a la que remite la demanda y la que le competa requerir a la AGCABA como órgano de control en el marco del "Proyecto de Auditoría nº 5.04.01", conforme surge de los votos que anteceden.

2º. *Imponer* las costas por el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, notifique a las partes y al Ministerio Público Fiscal y cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LVII

"SERVIPARK S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS EXPTE. Nº 4905/06 "INCO CONSTRUCCIONES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN DENEGADO EN 'INCO CONSTRUCCIONES S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA'" Y EXPTE. Nº 4906/06 "INCO CONSTRUCCIONES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCO CONSTRUCCIONES S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA"'

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso ordinario de apelación. Valor disputado en último término. Acumulación de procesos. Igualdad de las partes en el proceso.

Expte. nº 4895/06 - 4/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Servipark S.A. (en adelante Servipark) demandó ante la justicia nacional en lo civil al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que atribuye al Estado local, al disponer éste la nulidad del contrato de concesión de obra pública celebrado entre las partes el 29/11/1991. Concretamente, la actora solicitó la declaración de nulidad del dec. 2177/94, por el que la Administración dejó sin efecto el acuerdo que celebraron una vez que Servipark resultó adjudicataria, a través de licitación pública, formalizada en el dec. 4897/91, para la realización del proyecto, construcción y explotación de una playa de estacionamiento subterránea en la intersección de las calles Viamonte y Suipacha de esta Ciudad.

En el escrito de demanda, la firma actora expresa que el 29/11/1991 suscribió el "Contrato de Concesión de Obra Pública, Playa de Estacionamiento de las calles Viamonte y Suipacha de la Capital Federal" con el Procurador General y el Secretario de Hacienda y Finanzas del gobierno local, en representación de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos

Aires. Con posterioridad, el 4/11/1994, otro intendente municipal dictó el dec. 2177/94 que declaró "nulo de nulidad absoluta", en los términos del art. 17 de la LPA, el documento suscripto con Servipark.

La actora reclamó en su demanda la reparación del daño emergente y el lucro cesante, por una suma de dinero superior a 42.000.000 de dólares estadounidenses (fs. 623 vta., legajo "Servipark", expte. nº 3954/0).

2. Por su parte, Inco Construcciones S.A. (en adelante Inco) demandó a la firma Procons Americana S.A. (en adelante Procons) por la suma de $ 300.000, en concepto de daños y perjuicios derivados de la frustración del contrato celebrado entre ambas sociedades. Inco expresó que Servipark contrató a la demandada Procons para la construcción de la playa de estacionamiento subterránea que le fue adjudicada por la ex Municipalidad. Por su parte, Procons subcontrató a Inco para concretar los trabajos de excavación, submuración y construcción de la estructura de hormigón armado. Como la prosecución de la obra implicaba interrumpir la circulación de vehículos por las calles mencionadas, así como cerrar los accesos a la Dirección General de Rentas de la ex Municipalidad y al Banco de la Ciudad de Buenos Aires; y estas medidas no fueron autorizadas por la Municipalidad, las obras se suspendieron. Esta circunstancia derivó en perjuicios para Inco (fs. 210/216 vta., legajo "Inco", expte. 3953/0).

Con posterioridad, Inco amplió la demanda contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Servipark, en ejercicio de las acciones subrogatoria y directa previstas en el art. 1645 del Cód. Civil (fs. 489/90 de los autos "Inco").

3. El juez civil que intervenía con anterioridad resolvió la acumulación del expediente "Servipark S.A. c/GCBA s/ordinario" a los autos "Inco Construcciones S.A. c/GCBA (Dirección General de Programación y Contralor de Obras) y otros s/Contrato de Obra Pública", con el objeto de dictar una sentencia única que resolviera ambos asuntos (fs. 1232 del legajo "Inco").

4. Radicados los juicios en la justicia en lo contencioso administrativo y tributario local, la jueza de primera instancia dictó sentencia (fs. 1108/1126 de los autos "Servipark" y fs. 1265/83 de los autos "Inco") y resolvió "rechazar la demanda en todas sus partes, con costas a la vencida" En tanto los fundamentos de la sentencia sólo se referían a la demanda planteada por Servipark, la Procuración General pidió que la jueza de grado aclarara que la sentencia también rechazaba la demanda incoada por Inco (fs. 1133 de los autos "Servipark", y fs. 1288 de los autos "Inco"), lo que fue dispuesto efectivamente por la magistrada (fs. 1134 de los autos "Servipark" y fs. 1289 de "Inco").

Servipark e Inco apelaron la sentencia.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero dispuso: "1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por Servipark S.A., con costas (art. 62, CCAyT); 2) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por Inco Construcciones S.A. y, en consecuencia, suplir la omisión verificada en la instancia de origen y examinar su pretensión; 3) En cumplimiento de lo expuesto, rechazar la demanda interpuesta por Inco Construcciones S.A. en el expte. 3953/0, imponiéndole las costas en ambas instancias, por resultar sustancialmente vencida (art. 62, CCAyT)" (fs. 1203, autos "Servipark").

5. Contra esta sentencia, Servipark planteó un recurso de apelación ordinario (fs. 1204, legajo "Servipark") que fue concedido por la Sala (fs. 1206) y tramita ante este Tribunal por expte. nº 4895/06, "Servipark S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido" —en adelante, toda indicación de fojas corresponde a este legajo—.

Por su parte, Inco interpuso los recursos de apelación ordinario (fs. 1323/1324) y de inconstitucionalidad (fs. 1217/1235), que fueron denegados por la Sala (fs. 1215/1216 y 1321/1322).

Frente a ambas denegatorias, Inco planteó sendos recursos de queja (fs. 1291/1315 y fs. 1380/1401 vta.), que dieron lugar a los exptes. nº 4905/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'" y nº 4906/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'", que fueron acumulados al expediente nº 4895/06, "Servipark S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido".

Presentado el memorial de agravios por Servipark (fs. 1406/1423 vta.), y contestado por la Procuración General a fs. 1431/1435 vta., se corrió vista a la Fiscalía General. El señor Fiscal General Adjunto propicia que se haga lugar al recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación ordinario planteado por Inco y considera insustancial expedirse sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, pues las cuestiones constitucionales que invocó Inco podrán plantearse al fundar el recurso de apelación que él propone conceder. En cuanto al fondo de la cuestión, expuesta en el recurso de Servipark, el Fiscal General Adjunto reserva su dictamen hasta tanto Inco presente el memorial y se sustancie su recurso, ya que sólo entonces podrá expedirse sobre la totalidad de las cuestiones que las partes planteen contra la sentencia de Cámara (fs. 1440/1444).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I. Anticipo que comparto la solución que propicia el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, por las razones que expondré a continuación:

1. En cuanto al recurso de queja por recurso de apelación ordinaria denegado, interpuesto por Inco, es conveniente examinar el fundamento por el que la Cámara denegó su concesión: "Si bien el recurrente menciona en el propio recurso que la suma aludida excedería a la prevista en el párrafo anterior, ello no es así, ya que de la simple lectura de la resolución en cuestión se desprende que la suma involucrada es de pesos trescientos mil ($ 300.000) en concepto de daños y perjuicios (ver fs. 1369 vta. pto. II). Por lo que el recurso no puede prosperar. / Además, menciona que dentro del objeto procesal de las actuaciones se solicitó la indemnización por diversos contratos pactados y presupuestados en dólares estadounidenses (ver fs. 939/40) los cuales harían, eventualmente, alcanzar la suma señalada para que prospere el recurso, sin embargo surge claramente de las constancias del expediente como de la sentencia de primera instancia (ver fs. 1265/83) y de este Tribunal (ver fs. 1369/77) que la suma a la que asciende el objeto de la pretensión es de pesos trescientos mil ($ 300.000), por ello, no es posible que los argumentos sostenidos por la recurrente puedan sortear el mencionado requisito de admisibilidad del recurso ordinario en razón del monto" (fs. 1215).

El criterio aplicado por la Cámara se ajusta a la regla en la materia, que establece que "el valor disputado en último término" —al que hace referencia el art. 26 de la ley local 7— debe ser considerado respecto de las pretensiones individuales de cada una de las partes, tal como lo enseña reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la apelación ordinaria ante ese estrado (*Fallos,* 220:1212; 258:171; 265:255; 269:230; 277:83; 284:392; 289:452; 300:156; 311:1994 y 2234; 317:1683; 324:1846; entre otros). Aunque estimo que este criterio resulta igualmente aplicable para el recurso de la ley 402, cabe atender a la excepción que recomienda apartarse de ese principio "[s]i alguno de los juicios acumulados autoriza el recurso, desde que la totalidad de ellos se sometió a una sola y misma sentencia a todos debe regirlos la de la última instancia a que por su monto puede recurrirse en cualquiera de ellos. De lo contrario podrían darse anomalías y contradicciones con los caracteres y las funestas consecuencias del 'escandalo judicial' (...) No es, pues en razón del monto que arroja la acumulación que el recurso debe concederse, sino porque *implica-*

ría una grave incongruencia procesal admitir una acumulación si luego se ha de frustrar su objeto y se puede dar lugar con ella a fallos contradictorios" (*Fallos,* 220:1214/15, sin destacar en el fallo transcripto; precedente que también fue citado por el señor Fiscal en su dictamen).

En atención a este criterio cabe destacar que en el caso se dispuso la acumulación del proceso iniciado por Servipark contra el Gobierno y aquél instado por Inco, primero contra Procons y luego contra Servipark y la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Más aún: en ambos juicios se ha cuestionado la legitimidad y validez del dec. 2177/94, que declaró la nulidad absoluta de la contratación celebrada con Servipark (ver ampliación de demanda de Inco obrante a fs. 662 y ss. de los autos "Inco") y, como lo señala el señor Fiscal, "la cuestión en debate fue resuelta en una sola sentencia con fundamentos que valen para todas las pretensiones expuestas por las actoras" (fs. 1443 vta.). Por lo demás, la pretensión de una de las partes (Servipark) supera el mínimo legal previsto para la procedencia del recurso de apelación ordinario.

De este modo, ante la estrecha relación que se verifica entre los recursos de Servipark e Inco, aplicar estrictamente la regla general importaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado ejercicio de la función judicial. Esa vinculación entre los objetos de ambos juicios surge manifiesta, al menos, en dos circunstancias: primero, en ambos juicios se plantea la nulidad del decreto que declaró la nulidad de la concesión; segundo, Servipark exige que se le indemnicen los perjuicios ocasionados a Inco y que éste reclama a Procons, Servipark y al Gobierno de la Ciudad en su demanda. Dicho sintéticamente: en ambos casos la causa que motiva la reparación (nulidad del acto de rescisión) es común y afectará la voluntad de ambas demandas, al menos en referencia a algunos litisconsortes.

En tales condiciones, y en razón de las particularidades del caso, corresponde hacer lugar al recurso de queja, considerar admisible el recurso ordinario de apelación planteado por Inco y devolver el depósito efectuado para esta queja

2. En tanto los agravios constitucionales que Inco intenta expresar contra la sentencia recurrida podrán válidamente ser planteados en el memorial de agravios del recurso de apelación ordinaria, al que me he referido en el punto anterior, resulta innecesario considerar el recurso de hecho por recurso de inconstitucionalidad denegado planteado por Inco. En tales condiciones, sólo resta disponer la devolución del depósito efectuado por la recurrente a fs. 1290.

3. Por lo expresado al considerar la queja por apelación denegada planteada por Inco (vinculación del objeto de ambos juicios), y en sentido

concordante con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, entiendo que la decisión del recurso planteado por Servipark, que fue concedido por la Cámara y sobre el que se han expedido las partes, debe diferirse hasta tanto el recurso de apelación de Inco se encuentre en estado de ser resuelto. Recién entonces será posible dictar una sentencia que considere todas las impugnaciones articuladas contra el fallo de Cámara.

II. Por las consideraciones que preceden, propongo el siguiente dispositivo:

1. Hacer lugar al recurso de queja por apelación denegada planteado por Inco Construcciones S.A. y, en consecuencia, conceder el recurso de apelación ordinaria planteado por esa firma y poner los autos a su disposición en la Mesa de Entradas para que en el plazo de diez (10) días presente el memorial de agravios correspondiente a su recurso, en el que podrá plantear las cuestiones constitucionales que dieron lugar a la queja que tramita por expediente nº 4906/06, "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'";

2. Devolver los depósitos que constan a fs. 1290 y 1379; y

3. Diferir la decisión del recurso de apelación planteado por Servipark S.A., hasta tanto el recurso indicado en el punto 1 esté en estado de ser resuelto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo que comparto la solución propiciada por el señor juez de trámite, por los fundamentos que se enuncian a continuación.

2. La queja por recurso ordinario de apelación denegado interpuesta por Inco Construcciones S.A. (en adelante, "Inco") cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio, por lo que resulta formalmente admisible.

3. Conviene aquí reseñar el trámite del presente proceso a fin de estar en mejores condiciones de justificar las razones que me llevan a hacer lugar a la queja y a declarar admisible la apelación ordinaria articulada por Inco.

Como surge de los resultas, el juez civil originalmente interviniente, resolvió acumular el expediente "Servipark S.A. c/GCBA s/ordinario" a los autos "Inco Construcciones S.A. c/GCBA (Dirección General de Programación y Contralor de Obras) y otros s/Contrato de Obra Pública", a fin de que se fallen conjuntamente. Cabe destacar en este punto que Servipark S.A. (en adelante, "Servipark") reúne el carácter de parte actora

en la causa "Servipark S.A. c/GCBA s/ordinario", y el de codemandada en "Inco Construcciones S.A. c/GCBA (Dirección General de Programación y Contralor de Obras) y otros s/Contrato de Obra Pública".

Radicadas las actuaciones acumuladas en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad, se dictó sentencia rechazando las demandas de Servipark y de Inco. Ambas partes apelaron tal decisorio y la Sala I de la Cámara confirmó la desestimación de sendas demandas.

Contra el fallo de Cámara, Servipark interpuso recurso ordinario de apelación, el que fue correctamente concedido por la Sala interviniente. En efecto, este medio de impugnación resulta formalmente admisible si se cumplen las condiciones objetivas establecidas por el ordenamiento de rito, y aquí, tal como lo advierten los camaristas, dichas condiciones se encuentran satisfechas.

Por su parte, Inco también dedujo recurso ordinario de apelación contra la sentencia de segunda instancia, mas la Cámara lo declaró inadmisible fundando tal decisión en que la pretensión de la recurrente no superaba el monto establecido en el art. 2º de la ley 189.

4. En la queja que luce a fs. 1380/1401 vta., Inco cuestionó el auto denegatorio de su recurso ordinario con dos fundamentos principales: *i)* por considerar que la Cámara yerra y es arbitraria al decidir que el monto de su pretensión no supera el mínimo exigido para habilitar la vía ordinaria; *ii)* por entender que los jueces, al conceder el recurso ordinario de Servipark y denegárselo a Inco, incurren "en un trato discriminatorio y violatorio del principio de igualdad de partes en el proceso así como de las garantías de defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley (...)". En este último aspecto, encuentro que asiste razón al quejoso.

En efecto, corresponde admitir el recurso ordinario interpuesto por dicha firma, no por la apreciación en torno a si el monto disputado por Inco supera o no la suma de $ 700.000. La instancia ordinaria se encuentra habilitada para el recurrente en virtud del principio de igualdad de las partes en el proceso, que no es más que una derivación del derecho de igualdad ante la ley.

En estas actuaciones, dos expedientes se han acumulado y en consecuencia se ha dictado una única sentencia para resolver ambos asuntos. A una de las partes —Servipark— se le ha concedido correctamente la vía ordinaria de apelación. En consecuencia, no puede denegársele igual oportunidad a otra de las partes en el proceso —Inco— por no superar su pretensión el monto legal requerido para habilitar tal vía recursiva. Ello importaría, en los hechos, otorgar una instancia revisora más sólo a uno de los accionantes. La situación que se crearía de seguirse ese criterio con-

figuraría una afectación al derecho de igualdad ante la ley (de rango constitucional) y al principio de igualdad de las partes en el proceso (art. 27, inc. 5º, apartado c] del CCAyT), colocándose a Inco en posición desventajosa respecto de Servipark, pese a que Inco había agotado en tiempo y forma las vías impugnativas que se hallaban a su disposición.

5. Por lo expuesto, corresponde: *i)* considerar mal denegado el recurso ordinario interpuesto por Inco, y *ii)* hacer lugar a la queja por recurso de apelación ordinario denegado. Por tanto, deberán ponerse los autos a disposición de Inco en la Mesa General de Entradas para que en el plazo de diez días presente su memorial de agravios. El recurso ordinario de Servipark será tratado una vez que el recurso ordinario de Inco se halle en condiciones de ser resuelto. La sentencia del Tribunal contemplará los agravios articulados por ambas partes.

6. En atención a la solución propuesta, y dado que los agravios de Inco incluidos en el recurso de inconstitucionalidad podrán articularse al fundar el recurso ordinario, deviene innecesario expedirse sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que obra a fs. 1291/1315.

Así voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE y el juez JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite Dr. Julio B. J. Maier.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Aunque por fundamentos distintos a los del juez de trámite, Julio B. J. Maier, coincido con la solución que éste propicia en su voto.

2. La queja por recurso ordinario denegado fue interpuesta en forma y en tiempo oportuno por Inco Construcciones S.A. Además, según explicaré, el recurso ordinario fue mal denegado por la Cámara.

Por lo que expondré, entiendo que la jurisprudencia de la CSJN según la cual el valor disputado en último término, a efectos de habilitar el recurso ordinario de apelación, "debe ser considerado respecto de las pretensiones individuales de cada una de las partes", no constituye guía adecuada para el recurso ordinario de apelación local.

3. En anteriores pronunciamientos, el Tribunal ha tomado como autoridad doctrinaria y aun como guía de la voluntad legislativa la doctrina fijada por la CSJN respecto del recurso ordinario previsto en el art. 24, inc. 6º, apartado a) del dec. ley 1285/58. Ello así, debido a la similitud entre ese remedio y el que ahora nos ocupa. Sin perjuicio de las razones que existen para adoptar dicho temperamento, que yo mismo he seguido en otros supuestos —por ejemplo, no computando la multa a los fines de

establecer la suma discutida— en razón de que el texto del art. 26 de la ley 7 adopta expresamente del instituto nacional, pienso que el presente justifica una perspectiva local para examinar la norma contenida en el art. 113, inc. 5º, de la CCBA, reglamentado en cuanto al monto por el art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189). Huelga decir que ello no importa discrepancia con la jurisprudencia de la CSJN elaborada respecto de las normas federales.

4. El recurso ordinario está previsto en la Constitución en estos términos "[e]n instancia ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte, cuando el monto reclamado sea superior al que establezca la ley" (art. 113, inc. 5º). En la concepción del constituyente, ese importe es el del reclamo, no como en el art. 26 de la ley 7 citado más arriba "(…) el valor disputado en último término, sin sus accesorios (…)" (art. 113, inc. 5º). Esta circunstancia importa, en mi criterio, que nuestro recurso ordinario no está concebido como un remedio excepcional (en el sentido de prescindible), sino como un resguardo que naturalmente deben recibir ciertas causas identificadas por lo monetariamente elevado del reclamo.

A su vez, el modo en que se formulan los reclamos en sede judicial es asunto reglamentado por el legislador. En ejercicio de dicha competencia, nuestro Poder Legislativo dispuso que cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas deben demandar o ser demandadas en un mismo proceso (art. 83, CCAyT). Ello supone una limitación a las partes, por cierto, justificada.

Con base también en esa competencia, ha facultado a reunir en una sola causa reclamos diversos que presentan puntos en común (art. 82, CCAyT). En estos últimos casos, podemos distinguir el monto de cada reclamo acumulado, pero, no es ésta la manera más natural de interpretar la expresión "el monto reclamado".

Cierto es que, en algunos supuestos, la reunión de reclamos distintos, aunque conexos, depende de la voluntad de quien o quienes optan por acumularlos, circunstancia que puede poner la admisibilidad del recurso en manos de esas partes. Empero, no veo en ello un óbice para utilizarlo como base para admitir el recurso cuando la CCBA lo prescribe como parte de la jurisdicción apelada del Tribunal. Parece claro que la finalidad del constituyente no ha sido reproducir el instituto federal al orden local. Si ése hubiera sido su propósito habría sido natural reproducir el lenguaje del decreto ley de la Nación, cosa que hace, en cambio, la ley 7. Pienso que, de ese modo, quiso el constituyente dar una seguridad más en los supuestos en que la suma reclamada en el proceso es importante, y la importancia contemplada es la de la suma, no la del cómo se arriba a ella.

El art. 26 de la ley 7 ha optado, como dije, por escoger como importe el de la última suma discutida; es decir, no el monto que fue reclamado en la demanda sino el que perdura al momento de la apelación. Como principio, esto es una reglamentación posible del inc. 5º del art. 113. Sin perjuicio de ello, similares consideraciones acerca de cómo se alcanza el monto reclamado caben respecto de la última suma discutida. A quien debe pagar, el Gobierno de la Ciudad, o —lo que es lo mismo— los contribuyentes, tanto le da que se sumen voluntariamente acciones conexas o que el litisconsorcio venga impuesto por el legislador en vista a las circunstancias objetivas del pleito. Ello me mueve a pensar que una interpretación que replique la que se hace respecto del recurso nacional, cuya existencia sólo depende del Congreso, no es la que más naturalmente se corresponde con nuestro texto constitucional.

En el ámbito federal, el origen legal del recurso ordinario de apelación permite conceptualizarlo como un remedio procesal no indispensable. En cambio, en la ciudad de Buenos Aires, es la Constitución local la que establece como regla la vía ordinaria de apelación. Ello persuade de que el constituyente quiso asegurar a las partes del pleito (Estado y particulares) una revisión amplia de las sentencias de significado monetario elevado. Además, el pronunciamiento de este Tribunal proviene de jueces que, más que garantizar la sabiduría de la decisión, cargan con el peso de estar sujetos a la mayor exposición que supone su destitución por juicio político, y cuentan, tanto ellos como el pueblo, con la ventaja de conocer la opinión de jueces de dos instancias de mérito, con la que los criterios del Tribunal Superior serán presumiblemente confrontados. El referido proceso de remoción de los jueces del Tribunal Superior contempla causales y procedimiento más laxos que el propio de los jurados de enjuiciamiento con competencia para remover a los jueces de mérito.

Finalmente, brindar el mayor control posible a las sentencias que comprometen el pago de importes elevados a cargo del estado encuentra sentido en el impacto presupuestario que provocan las condenas a dar sumas de dinero significativas, conforme el criterio fijado por el legislador que establece el monto mínimo. Ese impacto es visible para el Estado, pero, llega aun al particular litigante, haya o no acumulado con litisconsortes. Ello así, porque cuando un conjunto numeroso de controversias similares está diseminado en la sociedad, habitualmente los jueces saben que ello es así, y, por tanto, pueden llegar a medir consecuencias, aunque no tengan la misión de generarlas directamente. Restringir el recurso ordinario a partir de un dato irrelevante a los fines para los que está instituido, como lo es el modo mediante el que se alcanza el monto mínimo apelable, me inclina a superar una hermenéutica que desatiende una fina-

lidad implícita en el recurso contemplado por el art. 113, inc. 5º de la CCBA.

Por lo demás, el monto de ambos recursos ordinarios es muy similar ($ 700.000 para el local, según ley 189 y $ 726.523,32 para el nacional, según resol. 1360/91, CSJN, convertido a peso s por el dec. nac. 2128/1991). Empero, es evidente que el presupuesto nacional es significativamente mayor que el de la Ciudad y, por lo tanto, el impacto sobre el erario público de sumas como las mencionadas también será marcadamente más importante en el caso local.

5. Adhiero a los puntos 2 y 3 del voto del juez de trámite, en cuanto sostiene que es innecesario expedirse sobre la queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad planteada por Inco Construcciones S.A. y que la resolución del recurso de apelación ordinario concedido de Serviparck S.A. debe ser diferida hasta tanto el de Inco Construcciones S.A. esté en estado de ser resuelto.

6. En tales condiciones, conforme lo expuesto, entiendo que el recurso ordinario de apelación interpuesto en autos debió ser concedido y corresponde hacer lugar a la queja.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de queja por apelación denegada planteado por Inco Construcciones S.A. y, en consecuencia, *conceder* el recurso de apelación ordinario planteado por esa firma y poner los autos a su disposición en la Mesa de Entradas para que en el plazo de diez (10) días presente el memorial de agravios correspondiente a su recurso, en el que podrá plantear las cuestiones constitucionales que dieron lugar a la queja que tramita por expediente nº 4906/06, "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'".

2º. *Devolver* los depósitos que constan a fs. 1290 y 1379; y

3º. *Diferir* la decisión del recurso de apelación planteado por Servipark S.A., hasta tanto el recurso indicado en el punto 1 esté en condiciones de ser resuelto.

4º. *Mandar* que se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PRATI, MARÍA TERESA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Requisitos para la procedencia de la vía del amparo. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Perjuicio inminente. Directora de escuela. Caducidad del sumario administrativo. Citación para prestar declaración indagatoria. Plazo para el trámite del sumario. Debido proceso en instancia administrativa. Derecho a trabajar. Realización de tareas distintas a las propias del cargo de directora de escuela. Derecho común. Cuestiones de hecho que requieren de un amplio debate. Posibilidad de acudir a través de las vías procesales ordinarias.

Expte. nº 4915/06 - 4/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora María Teresa Prati, Directora de la Escuela de Educación Especial nº 14 del Distrito Escolar nº 3, dedujo una demanda de amparo contra la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tendiente a que se impida la continuidad de la tramitación irregular de los sumarios nº 579/00 (expte. adm. nº 57.015/00) y nº 669/03 (expte. adm. nº 34.348/03) en los que se investigan ciertas denuncias en su contra.

La señora Prati relató que el sumario nº 579/00, expte. adm. nº 57.015/00, se inició por resol. 1430/00 de la Secretaría de Educación para investigar los hechos denunciados por un grupo de docentes que se encontraban bajo su dirección. La resolución también dispuso su pase transitorio a otra unidad educativa, que se concretó mediante la disposición nº 34 de la Dirección General de Educación, del 27/10/2000, que la reubicó transitoriamente en la sede del Distrito Escolar nº 9. Según la actora, la instrucción sumarial culminó con el dictamen nº 39.204 del Director de Sumarios, de fecha 9/11/2001 (fs. 283/286, expte. adm. nº 57.015/00), en el que se considera que "no existen razones que justifiquen la prosecución del presente sumario" y que los hechos denunciados no encuadrarían en infracciones disciplinarias. El criterio no fue compartido por la Junta de Disciplina

que, con fecha 12/3/2002, consideró aplicable a la actora la sanción de exoneración (fs. 294/303, expte. adm. nº 57.015/00).

Luego de un dilatado trámite, el 8/4/2004, la actora fue citada a prestar declaración indagatoria (fs. 554, expte. adm. nº 57.015/00). El 18/5/2004 la amparista efectuó una presentación oponiéndose a lo que ella entendió fue una "reapertura" del sumario (fs. 559/561, expte. adm. nº 57.015/00), que fue rechazada (fs. 565, expte. adm. nº 57.015/00); contra tal decisión planteó un recurso jerárquico el 18/8/204 (fs. 598/600, expte. adm. nº 57.015/00), que no fue admitido por la instructora sumariante, sobre la base de la irrecurribilidad de las disposiciones adoptadas por el Director de Sumarios (fs. 603, expte. adm. nº 57.015/00). La actora solicitó la elevación del recurso jerárquico a la Procuración General y ante este órgano solicitó su avocamiento (fs. 607/608, expte. adm. nº 57.015/00). Mientras tanto fue citada nuevamente a prestar declaración indagatoria para el día 2/12/2004 (fs. 630, expte. adm. nº 57.015/00). En ese estado de trámite de las actuaciones inició el amparo.

En cuanto al sumario nº 669/03 (expte. adm. nº 34.348/03) expuso que fue iniciado con cinco notas desglosadas del sumario nº 579/00.

Según lo expresó en la demanda: "Se produjeron dos hechos gravísimos en forma conjunta. Por un lado, se reabre el Sumario del 2000 cuya etapa de instrucción terminó en el 2001 y por el otro, se desglosan 5 piezas del sumario nº 579/00 y se abre nuevo sumario" (fs. 5 vta., autos principales).

La señora Prati consideró que mediante actos de grosera ilegalidad y arbitrariedad manifiesta fueron conculcados sus derechos y garantías constitucionales pues "hace 4 años que está separada sin causa de su cargo de Directora cumpliendo otras funciones que no corresponden a su rol, en un estado de inestabilidad e incertidumbre que no se puede prolongar en el tiempo indefinidamente, cuando existen plazos de tramitación de sumarios y causales de plazos finales para una causa. / No se puede reabrir un Sumario iniciado en el 2000, con cierre de la etapa instructoria en el 2001, ni tampoco iniciar en forma paralela y conjunta uno nuevo ordenando desglose de piezas que formaron parte del sumario anterior. / Por ello el objeto del sumario [rectus: amparo] es impedir la continuación de su tramitación" (fs. 1/9, autos principales).

2. La jueza de primera instancia resolvió: "Hacer lugar al amparo, decretando operada la prescripción en beneficio de la actora, con relación a cualquier hecho o conducta alcanzados por el plazo de cinco años que establecen el art. 28 del dec. 3360/68 y art. 41 del Estatuto del Docente, debiendo la Administración abstenerse de reabrir nuevos sumarios en su

contra por los hechos a cuyo respecto se ha decretado operada la prescripción" (fs. 138/142, autos principales).

3. La Procuración General apeló la sentencia (fs. 146/151, autos principales). La Sala I de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, tras considerar que no había operado el plazo de prescripción, decidió: "*1)* Rechazar el recurso de apelación. *2)* Declarar operada la caducidad de los sumarios identificados con los nºs 579/00 y 669/03. *3)* Imponer las costas de la Alzada a la demandada vencida...".

4. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 257/269, autos principales), que previo traslado a la actora (contestado a fs. 274/275, autos principales) no fue concedido por la Sala I (fs. 277 y vta., autos principales).

Frente a la denegatoria, el GCBA interpuso ante el Tribunal la queja que tramita en autos (fs. 63/77).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto se expidió a favor de la admisión de la queja y la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, propiciando que se revoque la decisión apelada y se rechace el amparo (fs. 86/90).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja interpuesto cumple con los recaudos de tiempo y forma exigidos ritualmente (art. 33, ley 402).

La queja deducida por la Procuración General de la Ciudad, al igual que el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara, contiene al menos un agravio de naturaleza constitucional que habilita su consideración por este estrado y que se vincula directamente con la interpretación del art. 14 de la CCBA. El GCBA ha expresado que la vía del amparo es improcedente para llevar adelante el presente proceso. Básicamente, la demandada sostuvo, desde la etapa inicial del juicio, la inviabilidad de debatir y resolver la pretensión por medio de un amparo, por diversas razones. En especial, destacó que no se encuentran reunidos los recaudos constitucionales de conducta estatal "manifiestamente ilegítima o arbitraria", e "inminencia de un perjuicio", por lo que no existe justificación para apartarse de las vías ordinarias previstas para la tramitación de las causas. Asimismo, manifestó que la parte actora no ha dado cuenta en forma concreta y acabada de la violación o amenaza de sus derechos constitucionales (véase informe que prescribe el art. 8º de la ley 16.986, en especial fs. 117 vta./118 y punto 2 del recurso de inconstitucionalidad y

de la queja, titulado por la propia accionada: "La inadmisibilidad de la acción de amparo").

2. La actora inició el proceso con la siguiente pretensión: que se haga lugar al amparo "*impidiendo la continuidad de la tramitación irregular de los sumarios* objeto de la litis" (punto *d* del petitorio, fs. 17 de la queja). En forma por demás sucinta, explicó que el comportamiento de la autoridad administrativa cuestionado violenta su derecho de defensa y la coloca en un estado de inestabilidad e incertidumbre que no se puede prolongar por tiempo indefinido.

La amplitud del petitorio trajo como corolario una sentencia de primera instancia que decretó "operada *la prescripción* en beneficio de la actora, con relación a *cualquier hecho o conducta alcanzados por el plazo de cinco años* que establecen el art. 28 del dec. 3360/68 y art. 41 del Estatuto del Docente, *debiendo la Administración abstenerse de reabrir nuevos sumarios en su contra por los hechos a cuyo respecto se ha decretado operada la prescripción*".

Y, ciertamente, también la imprecisión en la formulación de la demanda permitió que la Cámara diese una solución diferente, al declarar "operada la *caducidad de los sumarios identificados con los nº 579/00 y 669/03*", caducidad que no fue expresamente solicitada por la actora, aunque formuló numerosas referencias al vencimiento del plazo para la instrucción del sumario.

3. En cuanto a la procedencia de la vía del amparo objetada por la Procuración General, me parece útil señalar que para que un caso pueda ventilarse en un proceso judicial de este tipo, debe plantearse una situación que permita al juez una ágil tramitación y decisión que haga cesar la arbitraria lesión, restricción, alteración o amenaza de los derechos o garantías constitucionales o legales aludidos por los arts. 43 de la C.N. y 14 de la CCBA. En ese sentido destaco que la Constitución predica el carácter "manifiesto" de la *arbitrariedad* o *ilegalidad* que se atribuya al accionar del Estado [conf. voto conjunto suscripto con la señora jueza Ana María Conde en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006].

Como ha sido señalado en el voto en disidencia del juez Horacio G. Corti en el fallo de la Cámara "la idoneidad del amparo, como garantía de protección de los derechos y garantías, dependerá de diversas características propias de la cuestión debatida. En tal entendimiento, debe señalarse que, en autos, se encuentra ausente uno de los presupuestos esenciales para la procedencia del amparo, esto es, la posibilidad de resolver la cues-

tión sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos que conforman la materia debatida (es decir, un amplio debate), *toda vez que no surge de manera palmaria que le asista la razón a alguna de las partes*" (sin destacar en el fallo).

4. Y en este caso, le asiste razón al magistrado aludido, ya que la actora para demostrar que la tramitación del procedimiento disciplinario que pretende impedir, de por sí, viola con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta su derecho de defensa, parte de premisas conceptuales que, en mi entender, no resultan evidentes, a saber:

a) que las actuaciones disciplinarias originales se cerraron con el dictamen del instructor sumariante —seguido luego por el Director de Sumarios y el Procurador General— quien consideró que no había merito para continuar la investigación y propuso el archivo del sumario; y

b) que los plazos para decidir el sumario administrativo son perentorios y fatales;

5. En cuanto a la cuestión identificada en el punto a) precedente, no puede descalificarse, sin más, la posición que expresa tanto la demandada como el señor Fiscal General Adjunto cuando sostienen que el dictamen de fs. 283/286 del expte. adm. nº 57.015/00 es un acto preparatorio y no el acto administrativo que decide el sumario. De tal forma, otro de los órganos competentes para intervenir en el procedimiento, la Junta de Disciplina, pudo discrepar con la conclusión brindada por la Dirección de Sumarios y proponer la exoneración de la señora Prati (fs. 294/303. expte. adm. citado).

La lectura del sumario pone en evidencia que ello generó una situación compleja, que intentó ser encauzada a partir de la opinión del Director General de Coordinación Legal e Institucional de la Secretaría de Educación (fs. 340/341, expte. adm. nº 57.015/00, del 30/7/2002) quien efectuó una interpretación armonizante de las facultades de los distintos órganos y propuso los caminos a seguir. Cuestión que no fue desconocida por la actora, toda vez que ella tomó vista de las actuaciones y retiró copias de esas y otras actuaciones el 15/7/2002 (fs. 454, expte. adm. nº 57.015/00).

En ese contexto, la decisión del Gobierno de "ampliar" la instrucción sumarial (conf. opinión de la Subsecretaría de Educación de fs. 455, compartida por señor Secretario de Educación a fs. 456 de las actuaciones administrativas iniciadas en el año 2000), aunque acotada al objeto establecido en la resol. 1430/00 de la Secretaría de Educación y desglosar otras denuncias —recibidas en fecha posterior al inicio del primer sumario y que tratan sobre otros aspectos del desempeño de la docente— para iniciar un segundo expediente disciplinario (fs. 533/534, expte. nº 57.015/00)

no aparece como manifiestamente ilegítima o arbitraria En tales condiciones, la decisión de citar a la agente a prestar declaración indagatoria en el primer sumario, en definitiva, no puede considerarse un acto evidentemente ilegal, requisito básico para la procedencia del amparo (art. 43 C.N., art. 14, CCBA). Por el contrario, la aludida citación se presenta como un acto ajustado a las pautas del procedimiento disciplinario que tiende, básicamente, a garantizar a la señora Prati la posibilidad de ejercer su defensa.

Al respecto, cabe señalar que dispuesta la recepción de su indagatoria (fs. 554, expte. adm. nº 57.015/00) el 30/4/2004 se fijó fecha para la audiencia (fs. 557, ídem) sin que la actora compareciera (fs. 558). La Sra. Prati presentó entonces un escrito para oponerse a la reapertura del sumario (fs. 559/561), que fue rechazado por el Director de Sumarios (fs. 565). Tras ello, volvió a ser citada a declarar en cuatro oportunidades más según consta a fs. 589, 597, 603 y 630, sin que concurriera en ninguna de las ocasiones.

6. En relación con el carácter de los plazos para la tramitación de los sumarios —y las diversas aristas que se vinculan al tema: la aplicación supletoria del CPP, la interpretación jurisprudencial de esas reglas, la existencia o no de un plazo perentorio final, la vinculación con la garantía de duración razonable del procedimiento, la aplicación (o no) de los principios del proceso penal al derecho administrativo disciplinario y sus adaptaciones, etc.—, estimo que también se trata de cuestiones cuya dilucidación no resulta evidente y lejos estaría de brindar respuestas pacíficas (véase por ejemplo opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto sostiene que: "(e)l plazo para que el instructor investigue es ordenatorio y no perentorio, de modo que su vencimiento no determina la caducidad de la investigación aún no realizada. Se trata de un plazo prorrogable, expresa o tácitamente, que puede ser ampliado; sólo ante una demora injustificada cabe establecer la responsabilidad del instructor, en cuyo caso debe apreciarse prudencialmente cuándo la inactividad es censurable (...)" —*Dictámenes*: 249:635—; véase también el estado de la cuestión en el derecho español en la obra "*Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*" de Vicenc Aguado i Cudolà, Generalitat de Catalunya-Marcial Pons, Madrid, 1999, en particular pp. 139 a 149: "*Segunda parte: La aplicación de la distinción prescripción-caducidad en las diversas clases de potestades administrativas — II. Especial consideración de la prescripción y la caducidad en el Derecho administrativo sancionador*").

De tal forma, el rechazo por el Director de Sumarios del planteo extintivo del procedimiento —dispuesto el 8/6/2004, fs. 565, expte. adm.

nº 57.015/00; cuya trascripción en la providencia de instrucción de fs. 597 se notificó a la actora a fs. 601/602, ver también el escrito de defensa de fs. 598— y el rechazo del recurso jerárquico interpuesto por la señora Prati (fs. 598 y 603), no pueden, tampoco, considerarse manifiestamente ilegales o arbitrarios.

Lo expresado en los párrafos precedentes y lo dictaminado en sentido concordante por el señor Fiscal General Adjunto me permiten concluir en que no se ha demostrado que el amparo se dirija contra una conducta estatal manifiestamente arbitraria o ilegal violatoria del derecho de defensa reconocido constitucionalmente que le asiste a la amparista.

7. No dejo de advertir que los procedimientos disciplinarios objeto de consideración se han dilatado más allá de los plazos establecidos por la reglamentación específica sin que se hubiese adoptado una decisión definitiva que aclare la situación de la Sra. Prati. Soy consciente también de los perjuicios e inconvenientes que puede llegar a provocar una duración indeterminada de *cualquier tipo de procedimiento* —y además, ya he sostenido que el "debido proceso" tiene plena vigencia tanto ante los tribunales de justicia como ante los órganos de la Administración (conf. mi voto *in re*: "Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal", expte. nº 1888/02, resolución del 5/3/2003)—. Pero esta sola constatación no habilita sin más a acudir por la vía del art. 14 de la CCBA para que "se haga lugar al amparo *impidiendo la continuidad de la tramitación irregular de los sumarios* objeto de la litis" (punto *d* del petitorio, fs. 17, autos principales). Al no constatarse en la actualidad que la continuación de los trámites objetados, de por sí, resientan en forma arbitraria o con ilegalidad manifiesta el derecho de defensa de la amparista, sólo corresponde agregar que el arbitrario menoscabo del derecho a trabajar mencionado en el voto de la mayoría de la sentencia de Cámara para avalar el cauce procesal escogido (fs. 244, autos principales), en realidad, tampoco guarda estricto correlato con los términos en que fuera planteada la pretensión (suficientemente explicada a lo largo de este voto), ni con las circunstancias comprobadas de la causa, toda vez que la actora, a pesar de realizar tareas distintas a las que le corresponderían ejercer de acuerdo a su cargo de Directora (a causa del desplazamiento decidido con el inicio del primer sumario), siempre ha continuado trabajando sin merma alguna en sus haberes. De hecho, las sentencias favorables a su pretensión dictadas tanto en primera como en segunda instancia, tampoco se pronunciaron expresamente sobre el particular: la señora jueza de grado ordenó a la Administración que se abstenga de reabrir nuevos sumarios por los he-

chos a cuyo respecto se había decretado la prescripción y, a su turno, la Sala I (por el voto de la mayoría) declaró operada la caducidad de los sumarios sin adoptar otras decisiones.

8. En tanto lo expresado basta en mi opinión para hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar la demanda de amparo, me eximo de considerar los demás agravios planteados por la Procuración General.

El rechazo de la acción, claro está, no impide a la actora ejercitar la defensa de los derechos que considera le asisten, ya que ellos pueden hacerse valer formulando todas las peticiones que correspondan en los sumarios administrativos, o, de concurrir los requisitos, mediante una demanda que se ajuste a las reglas del CCAyT. El adecuado cauce procesal del litigio permitirá a ambas partes plantear todas las cuestiones que consideren involucradas y a los jueces decidir con un debate previo amplio y suficiente.

Por las consideraciones expuestas precedentemente, propicio: *a)* admitir parcialmente el recurso de queja y, con igual alcance, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; *b)* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por María Teresa Prati (ley local 402, art. 31); y *c)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Estimo que le asiste razón al señor juez de trámite, José O. Casás, al señalar que la queja contiene, cuando menos, un agravio de naturaleza constitucional. Éste se refiere a los recaudos de procedencia del amparo en el caso bajo estudio (art. 14, CCBA), en detrimento de las vías ordinarias e idóneas para la sustanciación de controversias como la que presenta el *sub examine*. Adhiero a la solución que propicia en su voto mi colega y me sumo a los fundamentos que, con suficiencia, él articula.

Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo, por regla, reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y

otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto; aun más recientemente, "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007).

2. Ciertamente, este amparo resulta de naturaleza muy compleja pues, iniciado por la actora en resguardo de su *estabilidad* como docente, frente a un proceso administrativo de larga duración, termina con un cómputo de plazos y la declaración de prescripción o de caducidad de los sumarios, sin invocación expresa de alguna de las partes y sin que sean esas declaraciones objeto de este proceso de amparo ni, en general, de cualquier proceso de amparo. Ambas declaraciones pudieron ser discutidas en los sumarios administrativos y si, eventualmente, la decisión final no favoreciera a la amparista, también podían ser impugnadas por vía del recurso que hoy se plantea. Con ello quiero verificar que la Administración tiene cierto derecho a tramitar y a decidir los sumarios conforme al orden procesal establecido, tal como lo señala el voto del señor juez de trámite, y que la negación de esos derechos debido al empleo del amparo, la coloca en situación de demandada antes de lo previsto, y de indefensión. Éste es, precisamente, el objeto de su recurso de inconstitucionalidad.

Considero que tiene razón la Administración pues la vía, como ya se dijo, no es la apropiada para resolver esas cuestiones de Derecho común (infraconstitucional) y porque no resulta evidente ni manifiesta la lesión constitucional a la estabilidad laboral de la actora.

3. Por de pronto, la Sra. Prati, no obstante el cumplimiento de tareas distintas de aquéllas que corresponden al cargo de Directora (se verá luego que, al afirmarlo, no minimizo el seguro disvalor de este hecho para la accionante), no ha perdido su trabajo ni ha visto mermado el monto de su remuneración; ella continúa trabajando, aunque con otras funciones. Esta observación que efectúo se orienta *exclusivamente* a destacar que las circunstancias apuntadas restan *perjuicio*, al menos *inminente*, a su derecho a la estabilidad en el empleo.

En segundo lugar, según lo expone el señor juez Horacio Corti y lo reafirma el señor juez de trámite del recurso, los problemas que ha tratado este amparo —y que debieron ser abordados y esclarecidos primeramente en el sumario administrativo— no aparecen como susceptibles de solución evidente y, mucho menos, como posibles de decidir, tanto de hecho como de derecho, sencillamente, esto es, "sin necesidad de un largo y

profundo estudio de los hechos que conforman la materia debatida" y sin una exhaustiva deliberación previa.

Lo expuesto hasta aquí basta para advertir que el principal agravio de la Administración, la impropiedad de la vía elegida, resulta correcto y, por tanto, la sentencia debe ser revocada (ley local 402, art. 31, II). Como lo expresa el Dr. Casás, la solución adoptada sobre este primer agravio me exime de toda referencia a los demás.

4. Por las consideraciones que anteceden, adhiero al dispositivo propuesto por el señor juez de trámite, a saber: *a)* admitir parcialmente el recurso de queja y, con idéntico alcance, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteados por el GCBA; *b)* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por la Sra. Prati; y *c)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y demuestra que los agravios que el demandado formuló en su recurso de inconstitucionalidad, vinculados con la interpretación y aplicación de los arts. 13.3, 14 y 102 de la CCBA suscitan, como expondré en lo que sigue, una cuestión constitucional suficiente para su tratamiento en esta instancia.

2. La Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, hizo lugar al amparo y declaró operada la caducidad de los sumarios nº 579/00 y 669/03. Fundó la procedencia de la vía en que se encontraban en juego los derechos de la actora a trabajar, al debido proceso y a la seguridad jurídica. En cuanto al fondo de la cuestión, afirmó que por la omisión y negligencia de la administración se produjo el vencimiento de los plazos previstos en el art. 23 del dec. 3360/68, por lo que correspondía decretar la perención de los procedimientos y el archivo de las actuaciones.

3. El GCBA se agravia del tratamiento, a su juicio arbitrario, que la Cámara dio a los siguientes tópicos: *i)* improcedencia de la vía escogida por existir otros medios judiciales más idóneos, tesis que ejemplificó con el amparo por mora, e inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el obrar de la administración; *ii)* carácter meramente conminatorio de los plazos legales que rigen los sumarios administrativos porque el art. 23 del dec. 3360 no impondría "...la caducidad de los procedimientos ni la extinción o archivo del sumario, consecuencias excepcionales que deben, como todo excepcional, ser expresamente consagradas y restrictivamente apreciadas..." (*sic* fs. 75 vta.), razón por la cual, al expedirse como lo hizo, el *a quo* habría interferido con el ejercicio del poder disciplinario de

la administración y, consecuentemente, violado la división de poderes; *iii)* falta de acreditación de la violación del derecho a trabajar; y, finalmente, de la violación al principio de congruencia en que la Cámara habría incurrido al expedirse sobre temas no propuestos.

4. Los requisitos del amparo están en la Constitución y consisten en: *i)* que el acto (u omisión) contra el cual va dirigido sea manifiestamente ilegítimo o arbitrario y, *ii)* que no exista otro medio judicial más idóneo para obtener la tutela de *iii)* un derecho reconocido "…por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte". Empero, tal como señalé *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006, determinar su procedencia es una cuestión de índole procesal, por lo que sólo autoriza la intervención de este Tribunal cuando sus consecuencias se proyectan en la sentencia definitiva, es decir, en la decisión final de la controversia. Precisamente, esta última situación se verifica en autos.

5. En primer término, corresponde señalar que el *a quo* entendió que "el cauce procesal escogido en autos resulta procedente" para atender la pretensión esgrimida por la actora, dirigida a "impedir la continuidad" de los sumarios seguidos en su contra, fundado ello "en la falta de resolución" de procedimientos iniciados "hace más de cinco años" en tanto la prolongación temporal objetada vulnera "su derecho a trabajar, al debido proceso y a la seguridad jurídica" (fs. 39/40 y 42 vta.).

La Cámara consideró, con acierto, que la Administración no emitió los actos que pondrían fin a los procedimientos disciplinarios impugnados (fs. 41 vta. y 42 vta.). Así, la intervención judicial estaba orientada, antes que a controlar, a impedir el ejercicio del poder disciplinario de la administración. Frente a situaciones de esa especie, resulta exigible especial cuidado pues, según tengo dicho en mi voto *in re* "Carballo, Héctor Fernando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Carballo, Héctor Fernando c/GCBA s/medida cautelar'" (expte. nº 4311/05, sentencia del 26/4/2006), cuando se cuestiona "una actuación administrativa preparatoria, y por ello no definitiva, es obvio que [se] pretende también una intervención judicial prematura que (…) supone frustrar anticipadamente el desarrollo de una competencia administrativa" (conf. también dictamen del señor Fiscal General Adjunto de fs. 86/90). La intervención judicial deviene ilegítima, por prematura, cuando no conduce a proteger un derecho cuya tutela sólo puede ser inmediata. Precisamente, la cámara no expli-

có por qué el derecho a trabajar, al debido proceso y a la seguridad jurídica aparecen comprometidos por las investigaciones disciplinarias cuestionadas, en tanto la actora mantiene la categoría en que revistaba antes de los sumarios, tiene asignadas funciones y percibe, por su desempeño, la consiguiente remuneración.

El silencio del *a quo* sobre el punto permitió que quedaran soslayadas, injustificadamente, las condiciones normalmente previstas para demandar al estado. Ellas, no son "fruto de una voluntad legislativa reticente a la intervención de la justicia sino que preserva[n] la división de poderes" en tanto de ese modo, por regla, el control jurisdiccional operará sobre actos definitivos de los restantes poderes, cuando ellos lesionan situaciones jurídicas protegidas por el ordenamiento, y no sobre el mero ejercicio de una competencia privativa de la administración o del legislador (conf. mi voto en "Rodríguez, Mónica Adriana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3170/04, resolución del 20/12/2004; voto Casás, Lozano en "Almeida, Marcelo y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'" (expte. nº 4756/06) resolución del 14/7/2006 y mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4889/06, resolución del 21/3/2007). En el proceso establecido por la ley 189 existe un incidente para verificar los presupuestos de admisibilidad del juicio contencioso administrativo, que el amparo sortea por la existencia de un derecho lesionado por actos u omisiones manifiestamente ilegítimas o arbitrarias, cuyo restablecimiento no depende de un profundo estudio del tema. Empero, insisto, en autos no se identificó ese derecho porque los invocados por la actora, receptados en la sentencia, carecen de relación con la caducidad dispuesta en el pronunciamiento impugnado.

Por su parte, la Cámara tampoco demostró que el comportamiento cuestionado (prolongación temporal de los sumarios) pueda ser calificado como manifiestamente ilegítimo o arbitrario.

6. Tal como señala el juez José O. Casás, la disidencia del Dr. Horacio G. Corti indicó que "...en autos, se encuentra ausente uno de los presupuestos esenciales para la procedencia del amparo, esto es, la posibilidad de resolver la cuestión sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos que conforman la materia debatida (es decir, un amplio debate), toda vez que no surge de manera palmaria que le asista razón a alguna de las partes..." por lo que concluyó, que "[l]a circunstancia descripta impide admitir la sumarísima vía procesal escogida como medio para dirimir la

contienda suscitada y torna necesario acudir a un proceso de conocimiento pleno...” (fs. 43/43 vta.).

La Sala I CAyT centró su decisión en el art. 23 del dec. 3360/68. Sin embargo, dicho precepto dispone los plazos para la sustanciación de los sumarios sin prever consecuencia jurídica expresa de su agotamiento, circunstancia de la cual deduce el recurrente que serían únicamente “conminatorios”, pues, mientras reconoce el deber del sumariante y de la propia Administración de observar el término, y el consiguiente derecho del empleado que sufre el sumario de exigir su cumplimiento mediante el amparo por mora, sostiene que la extinción de la facultad disciplinaria o la pérdida de validez de las actuaciones llevadas a cabo con el fin de ponerlas en ejercicio es un plus que no puede ser asumido como lógicamente implicado en una cláusula que se circunscribe a establecer un plazo (fs. 52). El fallo apelado no explicitó las razones para considerar a los mentados plazos como perentorios, y a su vez omitió ponderar los argumentos esgrimidos por el GCBA, conducentes a demostrar su naturaleza conminatoria (véase punto 6 del voto del Dr. José O. Casás), sino que se limitó a consignar que la demora en la tramitación de los sumarios era imputable a la administración, y que, vencidos los plazos, correspondía decretar la perención de los procedimientos. Aunque la Cámara detalla los pormenores del sumario y las dilaciones, a su criterio, injustificadas del trámite, no desarrolla motivos para conectar y, luego, hacer prevalecer los derechos invocados (trabajo, seguridad jurídica) por sobre las potestades que la Administración reivindica para reglamentar el poder disciplinario en los términos que atribuye al dec. 3360/68 (v. gr. carácter ordenatorio de los plazos previstos en su art. 23).

En tal contexto, cobra especial importancia considerar que, en el caso del decreto mencionado, la autoridad emisora es la misma en cuyo ámbito se aplica la norma; le asiste la posibilidad de emitir la interpretación auténtica de ella, y reza a su respecto el principio según el cual la autoridad que aplica una regla es su primer intérprete (*Fallos,* 53:420 entre otros), premisa de la que debió hacerse cargo la Cámara al resolver. Emerge con toda naturalidad, entonces, la relevancia de desplegar un debate que no fue desarrollado en autos porque su complejidad excedía el reducido ámbito del amparo. Basta señalar que, al no haber sido identificado el origen o fuente del derecho que asistiría a la actora para que los plazos contemplados en el dec. 3360/68 solo pudieran ser considerados como perentorios, no es posible confirmar el criterio que atribuye ilegalidad manifiesta al comportamiento impugnado en autos.

La solución que adopto no supone, sin embargo, emitir opinión acerca de la cuestión de fondo, puesto que de hacerlo, dado el acotado debate

que se dio en la causa, quedaría inevitablemente afectado el derecho de defensa de alguna de las partes y, a su turno, el Tribunal quedaría compelido a abordar la cuestión en un marco inadecuado.

Todo lo dicho, exhibe la mayor idoneidad de la vía legislada como ordinaria, en cuyo marco, el desarrollo del debate, comenzando con la exposición del derecho del actor, siguiendo con el mayor tiempo de estudio de que dispondría la demandada para responderla, el pleno desarrollo de la prueba y el alegato sobre su mérito, posibilitan el debate sereno propio del ejercicio del derecho de defensa. En tal sentido, aun cuando la justicia debe ser preferiblemente rápida porque la tardía no lo es, por sobre todo debe ser administrada en un marco de serenidad tanto para la reflexión de los jueces como para la argumentación de las partes y aun para la preparación del debate, ya que el tiempo para formular la contestación de una demanda puede condicionar y hasta resultar determinante para el ejercicio pleno de la defensa.

7. A esta altura, creo necesario recordar que, en su primera etapa, el amparo procedía frente a la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad de actos u omisiones que lesionaran derechos cuyo restablecimiento no requiriera mayor debate y prueba, y en tanto no existiera otro medio judicial para tutelar el derecho afectado. Para establecer esto último, se estimaba indispensable determinar si los caminos procesales alternativos podían remediar la lesión o, dicho de otro modo, cuál era el efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado. Sólo si el remedio se revelaba, por tardío, como insuficiente o, lisa y llanamente, ineficaz, la vía ordinaria era preterida en favor del amparo. Bajo esta óptica los derechos patrimoniales eran, con excepción de aquellos de naturaleza alimentaria, susceptibles de tutela adecuada por medio de los procesos ordinarios pues los intereses u otros accesorios compensaban el referido efecto. Actualmente, el amparo regulado en el art. 14, CCBA, no opera como cauce residual y basta con que no sea menos idóneo que otros remedios[27] para que prevalezca conforme los presupuestos reseñados en el punto 4 de este voto.

[27] Así lo refleja la intervención del convencional constituyente Dr. Raúl E. Zaffaroni, que ante la propuesta de que se suprima el término "más" del tercer reglón del art. 14 de la CCBA sostuvo lo siguiente: "Considero que el primer párrafo del texto que propone la comisión tiene una redacción casi inobjetable. Creo que hay que oponerse contundentemente a la supresión de la palabra 'más'. Coincido plenamente con lo manifestado por el señor convencional Vivo, aunque no con su argumento; no porque el amparo sea algo excepcional, sino porque si suprimimos la palabra 'más' destruimos el amparo." (conf. *Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 — Actas,* t. 1, pp. 753/754).

No ha quedado eliminada, sin embargo, la relevancia del efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado para optar entre amparo y vía ordinaria. El art. 14 comentado se inscribe en una Constitución que garantiza el derecho de defensa en juicio, y faculta al poder legislativo, que ejercen los representantes del pueblo, a organizar los procedimientos a fin de poner en acto esa garantía. Al introducir el amparo a un nivel supralegislativo vino a respaldar una interpretación que la CSJN había hecho de la Constitución Nacional, texto anterior a 1994, con arreglo a la cual en situaciones límite en las que los procedimientos ordinarios, aun contemplando medidas cautelares, no suministraban una tutela efectiva de las garantías constitucionales, la función judicial podía ser ejercida excediendo las formas procesales en bien de la sustancia de los derechos.

En tanto son todas cláusulas (arts. 14 y 81 inc. 2º, CCBA) de igual jerarquía normativa, debe el juez ponerlas en juego armónico cuando entran inevitablemente en tensión. En ese contexto, la evolución del daño en función del tiempo es un dato esencial a la hora de decidir si se justifica restringir el debate; al igual que lo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. La irreversibilidad del daño, sometido el litigio a las vías ordinarias, incluidas las medidas cautelares que ellas proveen, justifica imponer mayor premura al demandado en el ejercicio de su defensa, y disminuir la severidad con la que se juzgará el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión cuestionados.

No se desprende de ello que la circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente por ambas vías constituya motivo para desechar el amparo. Procede éste igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. En ese caso, no existe vía más idónea que la del amparo. Que la tutela sólo pueda ser satisfactoriamente obtenida por el procedimiento más expeditivo no es condición necesaria sino coadyuvante, y suficiente si la cuestión tolera el limitado debate, para elegirlo. Aun cuando su formulación lingüística parece indicar lo contrario, el carácter manifiesto de una ilegitimidad o la intuición de una argumentación como arbitraria son susceptibles de alguna graduación. Las certezas no suelen ser absolutas ni inmediatas. El teorema que pareció evidente a Pierre de Fermat, matemático y abogado que manifestó que no asentaba su demostración por carecer de espacio en el papel en que estaba exponiéndolo, fue formalmente comprobado más de tres siglos después, aunque tenido por verdadero, casi diríamos evidente, durante ese lapso. Al igual que otras conclusiones, las

jurídicas suelen parecer evidentes verdades a unos, errores a otros e interrogantes a los miembros de un tercer grupo. A su vez, para llegar a la convicción de que una verdad es evidente solemos tener que recorrer o despejar algún camino. Tanto la complejidad de ese camino como la proporción de opiniones coincidentes tienen relevancia en el mundo del derecho; y tanto una como otra son susceptibles de graduación. Si ponderando estas variables llegamos a la conclusión de que cualquier plus de desarrollo procesal será infructuoso, el amparo prevalecerá, pues la vía ordinaria no aportaría nada útil. Prevalecerá también, aun a costa de contraer a lo indispensable el debate, siempre que el tiempo que insumen aquellos procesos ordinarios tenga entidad para menoscabar el derecho en vilo a un punto tal que su reconocimiento en la vía ordinaria resultaría inútil; incluso si ello implica ser menos exigente para juzgar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad requerida como presupuesto del amparo. A su vez, los procesos ordinarios serán más idóneos que el amparo cuando el impacto temporal de aquéllos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no sea visto como suficientemente relevante en relación con la ventaja de un debate y decisión más distendidos. Si quisiéramos medir la idoneidad de los procesos a la exclusiva luz de su velocidad, el amparo absorbería todas las controversias. Los extremos en tensión, integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, están relacionados de modo inversamente proporcional, escenario en el que el art. 14 de la CCBA encomienda al juez equilibrarlos al momento de definir la viabilidad formal del amparo como cauce procesal idóneo. No resulta indiferente, entonces, la característica del derecho supuestamente conculcado (v. gr. sustituible o no en términos pecuniarios) ni la fuente jurídica que brindaría sustento a ese derecho.

8. Estas consideraciones hacen a la elección de la vía del amparo en la instancia de mérito y están, a su vez, estrictamente relacionadas con las cargas que pesan sobre la parte recurrente, en el marco del recurso de inconstitucionalidad. Como dije antes, no basta aducir o aun acreditar que el juez de mérito admitió erradamente la vía del amparo. El recurrente deberá mostrar que esa admisión redundó en una restricción de sus derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, demostrará que su recurso ataca la sentencia definitiva que suscita la competencia del Tribunal, conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. Y no basta a este fin la invocación, la demostración o aun la evidencia de cualquier incomodidad a la que quede sometida la defensa o la de algún esfuerzo que exija el establecimiento de la ilegitimidad o arbitrariedad, si no se la relaciona

adecuadamente con el impacto de la duración del proceso en el derecho a cuya tutela sirve. Ilustra el punto la causa "Akrich" ya citada: quien reclama contra la omisión de su empleador de aplicar un régimen que garantiza mayor carga horaria y consecuentemente mayor remuneración, tiene especial interés en una pronta definición judicial sobre el tema, porque de ella depende la posibilidad de poner su trabajo a disposición del empleador como presupuesto del crédito originado en el deber incumplido por el empleador. A su turno, si el régimen normativo invocado arroja, entre dos posibles, una interpretación que ha sido reconocida por una negociación colectiva posterior y por el órgano consultivo previsto en el ordenamiento jurídico, frente a otra, propuesta por el demandado, que desatiende esos datos, y la sentencia reputa como manifiestamente ilegítima la restricción del ámbito subjetivo de aplicación de la norma (auspiciada por el accionado), no será suficiente con invocar la mera improcedencia formal del amparo para revertir el pronunciamiento. Antes bien, resultará necesario mostrar que, por la complejidad del tema debatido, de haber existido mayor debate y prueba argumentos que quedaron soslayados en el amparo, hubieran modificado la solución del litigio, conforme lo señalé al votar en aquel caso, así como que el transcurso del tiempo no menoscabaría la tutela eficaz, del derecho controvertido, en la vía ordinaria. En cambio, cuando como en autos, la sentencia que hace lugar al amparo, no determina cuál es el derecho requerido de una tutela cuya efectividad depende de un proceso con las características del amparo, y tampoco brinda motivos para imponer, en tal contexto, una interpretación que desatienda la que proviene del titular de la competencia reglamentaria afectada —cuya aplicación uniforme tampoco fue desvirtuada—, la objeción en torno a la vía procesal pone en evidencia que la complejidad del asunto excedió las posibilidades del amparo, por el modo en que está organizado el debate en ese proceso.

Por todo lo expuesto, y concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto voto por: admitir el recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 29/33 y rechazar la acción de amparo impetrada por María Teresa Prati. Costas por su orden en todas las instancias (conf. art. 14 de la CCBA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja interpuesta en tiempo y forma por el GCBA (fs. 63/77) cumple satisfactoriamente la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402. El recurso de inconstitucionalidad, en cambio, debe ser rechazado en ausencia de una cuestión que habilite la competencia del TSJ en los términos del art. 27 de la ley citada.

2. En la presentación directa, el recurrente pone de manifiesto los defectos que caracterizan al auto interlocutorio de fs. 60 y vta. y la afectación que él genera a su derecho de defensa. Entre otras razones que expone en su recurso, dice: "...los argumentos vertidos por el Tribunal de segunda instancia para no conceder el recurso de inconstitucionalidad (...) constituyen manifestaciones genéricas y ritualistas carentes de sustento objetivo y sustentadas tan solo en la subjetiva voluntad de los sentenciantes" (fs. 65 vta.); de modo tal que "...excluido el breve relato de los antecedentes materiales, [el auto denegatorio] puede ser aplicado tanto a éste como a cualquier otro caso, de cualquier contenido y trascendencia" (fs. 64).

Una lectura atenta de aquel pronunciamiento revela el acierto de tales consideraciones. La Sala I de la CCAyT intenta fundar la solución que propone sobre la base de postulados dogmáticos, que no son acompañados, luego, de ninguna consideración adicional que los aclare, explique o vincule, de manera particularizada, con el recurso denegado. Así, la Cámara señaló que el recurrente "no ha[bía] logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un genuino caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27, ley 402..." y que la deficiencia señalada "no se suple con la simple referencia ritual a derechos constitucionales". En relación con la invocada arbitrariedad de la sentencia recurrida, la Sala I consideró que dicha decisión "puede ser objeto de críticas jurídicas pero —contrariamente a lo alegado por el recurrente—, no ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 60 y vta.).

Por lo expuesto, el auto de fs. 60 y vta. no puede ser calificado como fundado y la queja habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad que oportunamente se dedujera.

3. El GCBA interpuso, contra la sentencia definitiva de la Sala I, el recurso de inconstitucionalidad de fs. 45/53 fundado en los siguientes agravios: *a)* interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA, *b)* violación a los principios de congruencia y prohibición de *reformatio in peius* con afectación del derecho de defensa en juicio de la demandada y de la garantía del debido proceso (arts. 18 de la C.N. y 13 de la CCBA) y, *c)* afectación a la división de poderes (arts. 1º de la C.N. y 1º, 80 y 102 de la CCBA) debido a la intromisión en facultades de la Administración relacionadas con el ejercicio de su poder disciplinario.

4. El agravio del recurrente en torno a la inadmisibilidad de la vía de amparo es inatendible.

El GCBA señala que la sentencia en crisis ha considerado formalmente procedente el amparo "con un desarrollo meramente formulario [y]

claramente insuficiente" (fs. 48) que prescinde del art. 14 de la CCBA como si se tratara de un "...cauce procesal común por cuyo intermedio se [pudiesen] plantear todo tipo de cuestiones y reclamos..." (fs. 48 vta.).

Particularmente, denuncia que: *a)* la sentencia de fs. 39/43 vta. omite constatar el recaudo constitucional de concurrencia de "arbitrariedad" o "ilegalidad manifiesta" en la conducta administrativa (fs. 48 vta.), *b)* el fallo recurrido omitió expresamente tratar el agravio del GCBA referido a la inidoneidad de la vía elegida con apoyo en un criterio "inexacto" (fs. 48 vta.) y, *c)* la actora intenta ocultar una acción de nulidad de acto administrativo tras el instituto de la acción de amparo (fs. 49) y no justifica la inexistencia de otras vías procesales que pudieran garantizar con plenitud la restitución de los derechos constitucionales que considera afectados por el obrar del GCBA.

Como lo anticipara más arriba, este agravio no puede prosperar.

El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto, permite la intervención útil del demandado.

Como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material. La sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material.

En el recurso en análisis, la demandada no da razones que demuestren cómo y en qué medida la vía del art. 14 de la CCBA ha limitado sus posibilidades de éxito o ha perjudicado su derecho de defensa. ¿Qué fue lo que el recurrente no pudo alegar? ¿De cuál instancia refutatoria aplicable al caso se vio privado? El recurrente no lo indica y, no es función de los jueces suplir a la parte en este punto. En verdad, el amparo interpuesto por el accionante habilitó un nivel cognitivo equivalente al de un proceso plenario.

Si luego de transcurridas las instancias ordinarias y en la etapa recursiva ante el Tribunal, se concluyera en que no se encuentran satisfechos los requisitos que habilitan la vía del amparo y que, por ende, el amparista deberá intentar ahora el reconocimiento de aquellos derechos por otra vía procesal, se produciría —a mi entender— un evidente dispendio de jurisdicción y se afectaría gravemente el acceso a la justicia tutelado por normas de jerarquía constitucional (conforme el art. 8º de la CADH).

El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal.

Ya he dicho que "[l]a 'excepcionalidad' del amparo sólo puede entenderse como una especificación del principio de que, en un Estado de derecho, también son o deberían ser 'excepcionales' las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción" (conforme mi voto en la causa "Vera, Miguel Ángel c/GCBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 843/01, *Constitución y Justicia* [Fallos TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 207).

Quiero señalar, que si una pretensión requiriera mayor debate y prueba hubiera sido atribución de los jueces ordinarios en uso de sus facultades ordenatorias disponer otra forma de tramitación del proceso. Pero el tema traído ante el Tribunal, por la vía extraordinaria como lo intenta el GCBA, carece de toda entidad constitucional, cuando no se acredita la violación de derechos ni garantías constitucionales del recurrente, por ejemplo a través de una afectación a su derecho de defensa.

En verdad, esta causa ha transitado (ordinarizada) a través de las sucesivas instancias procesales permitiendo que las partes interesadas pudieran exponer sus puntos de vista y ejercieran las defensas que estimaran necesarias para sus derechos. Actora y demandada han podido discutir, con amplitud, las cuestiones planteadas. Incluso la aquí recurrente (GCBA), en ninguna de sus piezas recursivas ha desvirtuado esta circunstancia, más allá de ciertas objeciones genéricas a la admisibilidad de la vía elegida.

Por las razones señaladas, el supuesto agravio centrado en la admisibilidad de la vía de amparo carece de toda entidad constitucional.

5. A fs. 50, el recurrente expresa que la Cámara ha incurrido en una abierta violación al principio de congruencia (conforme el art. 247 del CCAyT) "y consagra una *reformatio in pejus*" que afecta su derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso (arts. 18 de la C.N. y 13 de la CCBA).

El GCBA relata: "[l]a contraparte no apeló la sentencia de primera instancia. // Mi parte (...) se agravio en cuanto se había declarado la prescripción de su potestad sancionatoria, pero en modo alguno propuso a conocimiento de la Alzada la cuestión de la hipotética caducidad que se habría operado en los sumarios administrativos. // Desde esta óptica, el Tribunal se encontraba impedido de fallar sobre el particular, debiendo limitarse a hacer lugar al agravio de mi instituyente o rechazarlo. // En lugar de ello, admitió que no existía prescripción (...), pero insólitamente resolvió '*Rechazar el recurso de apelación*' y '*Declarar operada la caducidad de los sumarios identificados con los nºs. 579/00 y 669/03*'. // Es

decir que, admitiéndose la procedencia de los agravios expresados, se rechaza igualmente la apelación, en patente autocontradicción y con fundamento en instituto completamente diferente y que no había sido considerado en la sentencia de primera instancia ni, consecuentemente, en la pieza recursiva" (fs. 50 vta. —*sic*—).

Estimo pertinente, a fin de resolver la cuestión planteada por el GCBA, volver sobre las constancias pertinentes de la causa.

La jueza de primera instancia decretó "operada la prescripción en beneficio de la actora, con relación a cualquier hecho o conducta alcanzados por el plazo de cinco años que establecen el art. 28 del dec. 3360/68 y el art. 41 del Estatuto del Docente..." (fs. 28). No obstante, analizó los trámites sumariales y concluyó que la demandada había excedido "extensamente" (fs. 28) los plazos que fija el dec. 3360/68.

Al apelar la sentencia, el GCBA introdujo agravios bajo los siguientes títulos: "*1.* Primer agravio: La improcedencia del amparo para discutir la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal", "*2.* Segundo agravio: El plazo de duración del sumario administrativo" y, "Tercer agravio: La extinción de la acción disciplinaria" (*sic*).

Al desarrollar el segundo de los agravios puestos a consideración de la Sala I, el recurrente cuestionó que "...por el mero transcurso del tiempo, la potestad sancionatoria de la administración haya fenecido..." (fs. 32 vta.). A fs. 31 vta., dijo: "si bien es cierto que el art. 3º del dec. 3360/68 establece 60 días hábiles para sustanciar el procedimiento disciplinario, el vencimiento del mismo no inhabilita a la Administración para continuar actuando y mucho menos le sustrae su potestad disciplinaria. // Este plazo, como muchos otros establecidos para el proceso, no son perentorios para la Administración, sino ordenatorios de la regulación procesal. En consecuencia su vencimiento no produce *caducidad* ni nulidad alguna" (el destacado me pertenece).

Se observa, entonces, que fue la propia demandada quien introdujo dentro del marco cognitivo de la apelación y como "segundo agravio", la cuestión referida a la caducidad del trámite sumarial.

En estas condiciones, las manifestaciones del GCBA, de fs. 50 vta. —reproducidas en el segundo párrafo de este punto—, no se adecuan a las constancias del expediente y, por tanto, las presuntas afectaciones a su derecho de defensa no resultan tales.

6. Por fin, la demandada se agravia pues considera que en autos, la Sala interviniente "...se erige en legislador, al dar vida a una sanción, [la caducidad de los sumarios], para la morosidad administrativa que no está prevista legalmente" (fs. 51); lo cual, según su criterio, redunda en un cercenamiento de la potestad disciplinaria del GCBA.

En el desarrollo de este aspecto el recurrente sólo expresa su discrepancia con la interpretación que efectuara la Cámara de la normativa infraconstitucional aplicable al caso (art. 23 del dec. 3360/68). Resulta de los propios dichos del GCBA (fs. 52) que la cuestión a dilucidar versa, en definitiva, sobre el carácter (simplemente ordenatorio o perentorio) de los plazos estipulados para la tramitación sumarial y de sus posibles consecuencias jurídicas (continuidad del trámite o caducidad).

A pesar de que el GCBA señale que "[e]n el *sublite* la falta de adecuación (...) conduce al cercenamiento de la potestad disciplinaria de la Administración..." (fs. 51), lo cierto es que la Sala no desconoce las atribuciones de la Ciudad en materia disciplinaria. La sentencia de fs. 39/43 vta., ha evaluado que fue "la omisión y negligencia de la administración [en el cumplimiento de sus funciones], [lo] que derivó en la falta de una decisión respecto del fondo del sumario dentro de pautas temporales razonables..." (fs. 41 vta.). En la ampliación de fundamentos se agrega, asimismo, "que el deber temporal impuesto por la norma [art. 8º de la CADH] no ha sido cumplido si se tiene en cuenta, el holgado lapso que la accionante ha estado sometida al proceso sumario..." (fs. 42 vta.). Ninguna de las razones que aporta el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad conmueven esta circunstancia.

El plazo de caducidad de una actividad administrativa, en especial cuando esta tiene carácter sancionatorio, limita a la Administración en un doble sentido. Por un lado, define en el tiempo la posibilidad de ejercicio de facultades que le han sido otorgadas. Por otro, evita que derechos y garantías de orden constitucional queden indefinidamente sujetos a la interferencia estatal, de modo que otorga certeza y seguridad jurídica.

Como categoría jurídica, la caducidad opera *ipso iure* y se transforma en presupuesto procesal de verificabilidad inmediata por parte de cualquier tribunal, aun cuando tal cuestión no hubiera sido propuesta por quienes pudieran verse directamente afectados por ella.

Un juez o tribunal, al comprobar que la actividad sancionatoria esta agotada por haber operado la caducidad debe tomar en cuenta esa situación y declarar la inviabilidad de cualquier procedimiento que haya transgredido los plazos normativamente previstos.

7. En mérito de las consideraciones que anteceden, voto por: *a)* admitir la queja interpuesta por el GCBA a fs. 63/77, *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 45/53, *c)* confirmar la sentencia de la Sala I de la CCAyT y, *d)* imponer las costas al GCBA.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir parcialmente* el recurso de queja y *hacer lugar*, con similar alcance, al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia apelada y *rechazar* la demanda de amparo interpuesta por María Teresa Prati.

3º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LIX

"VÁZQUEZ, DANIEL GUSTAVO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VÁZQUEZ, DANIEL G. Y OTRO S/INF. ART. 73, LEY 1472 —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Caso constitucional. Violación de clausura de local comercial. Modificación del objeto procesal al recaer sentencia condenatoria por excedencia en la habilitación. Principio de congruencia. Alcance del principio de *ne bis in idem*. Sentencia que condena a efectuar una donación a una institución de bien público. Límites legales establecidos para la imposición de las penas. Principio de división de poderes.

Expte. nº 4957 - 7/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor del señor Daniel Gustavo Vázquez interpuso una queja (fs. 112/116) contra la resolución de la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas, en cuanto declaró inadmisible el recurso de inconstitu-

cionalidad deducido contra la sentencia que esa sala dictó el 9/8/2006. En dicha oportunidad (fs. 128/138), la Cámara confirmó parcialmente lo resuelto en primera instancia, solamente en cuanto se condenó al imputado en orden a los hechos ocurridos los días 26 y 28/8/2005, calificados como infracción al art. 74 de la ley 1472; modificando la pena impuesta, que fue fijada por la Alzada en trabajos de utilidad pública por el término de tres (3) días, con más la accesoria de clausura por el plazo de noventa (90) días del local "Follia" —la cual, se tuvo por compurgada con el tiempo transcurrido de clausura preventiva judicial—, e instrucciones especiales consistentes en la "donación" de la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2500) a una institución de bien público. En esta misma decisión, la alzada absolvió a Vázquez "por los eventos calificados como constitutivos de la contravención prevista en el art. 73 de la ley 1472" (fs. 137 vta.).

2. En su presentación directa ante este Tribunal la defensa afirma que el *a quo* se habría expedido justificando su propia decisión, "en una especie de 'revocatoria'" (fs. 113), en lugar de hacer mérito sobre el cumplimiento de los recaudos legales para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto. En palabras del recurrente, la resolución que, en copia, obra a fs. 2/6 "constituye una clara violación a la lógica; y por ende al principio de congruencia que requiere toda sentencia judicial" (fs. 113/vta), y no se encuentra fundada en ley (art. 18, C.N.), por lo cual, vulnera la defensa en juicio que "requiere que cada decisión judicial explique las razones en las que se funda, para permitir que el imputado contradiga sus fundamentos y conclusiones y, de ese modo, pueda ejercer su derecho al recurso para provocar la revisión del fallo en la instancia que corresponda" (fs. 114).

En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa de Vázquez se había agraviado de la supuesta vulneración de los principios de congruencia y *non bis in idem* (fs. 8/14).

3. El Fiscal General Adjunto (fs. 121/124) consideró que correspondía rechazar esta queja, porque, sencillamente, el recurrente no había planteado cuestión constitucional alguna. Sin perjuicio de ello, advirtió que en autos se habían violado concretas garantías constitucionales del imputado, por lo cual solicitó al Tribunal que declarase la nulidad de oficio de la sentencia dictada el día 9/8/2006. Ello así pues, en su opinión, se habría violado el principio de legalidad (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA), en cuanto a la sanción impuesta al señor Vázquez bajo el rótulo de "instrucciones especiales"; y, asimismo, porque se habría vulnerado la prohibición del doble juzgamiento "al dividir hechos únicos, absolviendo y condenando sobre la misma base fáctica" (fs. 123). Finalmente, solicitó al Tribunal la

extracción de testimonios de estas actuaciones para que se investigue penalmente la posible comisión de un delito de acción pública (art. 248, CPN), en virtud del otorgamiento de una habilitación en violación a lo establecido en la ordenanza 33.919/77.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin perjuicio de ello y tal como lo afirma el Fiscal General Adjunto, ella no puede prosperar, pues no contiene argumentos suficientes, de orden constitucional, para habilitar esta instancia extraordinaria. En efecto, si alguna crítica puede efectuarse acerca del *análisis preliminar* de admisibilidad llevado a cabo por la Sala II, aquella reside en que sus jueces han sido sumamente indulgentes con el recurso que esta queja busca defender. Indudablemente, la alzada se ha esforzado por desentrañar aquello que agraviaba al defensor; pero dicha actuación, en beneficio del condenado, de ninguna manera pudo provocar la afectación de sus derechos. Según lo entiendo, el *a quo* no sólo ha fundado adecuadamente el auto denegatorio, conforme los lineamientos que le exigió este Tribunal en numerosos precedentes, sino que, incluso, ha ido más allá, en tanto ha pretendido poner claridad en la desafortunada exposición que el defensor particular hiciera en el recurso de inconstitucionalidad.

Una lectura superficial de aquel escrito me basta para advertir que en el capítulo paradójicamente titulado "agravios", no existe ni una mención de las normas constitucionales —locales o nacionales— que reputa vulneradas; mucho menos la demostración concreta acerca de las supuestas violaciones de dicha naturaleza que, con dificultad, pudieron ser extractadas de aquél: al principio de congruencia y al *non bis in idem*. Por el contrario, el recurso sólo contiene una retahíla inconexa de citas, normas, ordenanzas, disposiciones, decretos y resoluciones de distintas reparticiones del GCBA, algunas de las cuales parecen encaminarse a ejercer su defensa por hechos e infracciones administrativas (faltas), que distan sustancialmente del objeto investigado en este proceso (contravencional). Tampoco auxilia el confuso "relato" realizado por la defensa, toda vez que no permite descubrir la relación existente entre lo que se describe en aquella impugnación y lo efectivamente sucedido en la causa. Estas deficiencias resultaban suficientes para concluir que el recurso no cumplía con una adecuada fundamentación y, por tal motivo, éste ha sido correctamente denegado por la Cámara. La queja, por su parte, no hizo más que reiterar los defectos argumentativos que contenía el remedio denegado,

pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente una cuestión constitucional (art. 27, ley 402). Si bien lo dicho alcanza para rechazar esta presentación directa, corresponde señalar que:

a) El agravio referido a la violación del principio de congruencia es, en sí mismo, inconsistente, pues, en pocas palabras, no guarda relación alguna con lo ocurrido en el caso. Aparentemente, el recurrente pretende cuestionar la intervención de la Justicia Contravencional y de Faltas porque la causa se habría instruido por una supuesta "violación de clausura" en un comercio (art. 73, ley 1472) y posteriormente se habría condenado al encartado por una "excedencia en la habilitación o licencia" (art. 74, ley 1472). El defensor, a partir de tal variación en el rumbo de la investigación, sostiene que se habría modificado ilegítimamente el objeto del proceso y ello ocasionaba "la nulidad de todo lo actuado" (fs. 8 vta.). No obstante, la defensa ha omitido señalar concretamente cuál es la supuesta incongruencia que encuentra en tal obrar —o incluso, qué entiende por "congruencia"—, por cuanto, a diferencia de lo apuntado por el interesado, pareciera que el sustrato fáctico no ha variado a lo largo del proceso. Por el contrario, la acusación se habría expresado —al menos para los jueces de mérito— de forma clara, precisa y circunstanciada en el requerimiento de juicio (art. 44, ley 12), en el cual no sólo se habrían reseñado las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos imputados, sino que además se habrían tipificado legalmente tales hechos, con el grado de convicción que dicho acto (promotor) exige, como constitutivos de ambas contravenciones (fs. 133). El recurrente no invocó el desconocimiento de los elementos contenidos en la acusación, razón por la cual, es posible sostener que no se ha visto impedido u obstaculizado de ejercer su defensa respecto de los hechos atribuidos. En consecuencia, en autos, no corresponde hablar de incongruencia (o sorpresa) alguna en la condena dictada por infracción al art. 74 del Código Contravencional. Ahora bien, si el cuestionamiento que ha intentado esbozar —en cambio— se centraba en la inconveniencia de que la Justicia CyF inspeccionara los límites de su habilitación, con la finalidad de determinar una supuesta excedencia, ciertamente su empeño ha estado mal dirigido, pues ha sido el propio Legislador quien, en principio, ha facultado al fuero local para emprender el examen jurisdiccional que lo inquieta.

b) El agravio relacionado con la supuesta violación del *non bis in idem* es todavía menos comprensible que el anterior. Es sencillo,

más allá de que fue introducido tardíamente en el recurso de inconstitucionalidad (fs. 8/14) y no en la apelación (fs. 48/62), su razonamiento se encuentra desprovisto de toda seriedad, pues la defensa intenta demostrar la doble persecución sobre la base de hechos que están siendo juzgados, o ya lo han sido, en ámbitos diferentes (administrativo y judicial, respectivamente), que fueron imputados a personas distintas (a una firma comercial y al Sr. Vázquez), y que difieren cronológicamente (25/7/2005 y 26 y 28/8/2005). En estos términos, el defensor ha confundido el alcance de la garantía invocada pues, como lo señalaron el juez de primera instancia y el *a quo* —al resolver la admisibilidad del recurso denegado—, aquí no se verifica la conjunción de las tres identidades que ha elaborado la doctrina tradicional sobre ella (entre ellos mi distinguido colega, Maier, Julio B. J.: en *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 603 y ss.). Lo cierto es que si siguiéramos la lógica propuesta por el defensor —y aun frente a la hipótesis de una superposición normativa entre las faltas (supuestamente verificadas el día 25/7/2005) y las contravenciones (efectivamente cometidas los días 26 y 28/8/2005)— no habría una doble persecución, sino, en todo caso, distintos momentos en los cuales el comercio habría funcionado irregularmente; y ello es así, con total independencia de la relevancia jurídica que se diera a cada uno de aquellos hechos. Dicha afirmación, por cierto, no importa emitir juicio alguno sobre la suerte de los reproches administrativos que, aparentemente, se le habrían formulado a esta firma comercial (según refiere el defensor); y tampoco las opiniones expuestas por la Cámara Contravencional y de Faltas en autos podrían tener ese efecto en causas extrañas o futuras.

2. Ahora bien, en su dictamen, el Fiscal General Adjunto entendió que correspondía rechazar la queja por motivos similares a los expresados en el apartado anterior, pero, simultáneamente, consideró que resultaba ineludible llamar la atención de los jueces de este Tribunal en cuanto a la existencia de ciertas irregularidades que, en su opinión, provocarían la nulidad absoluta de la sentencia de cámara. Naturalmente, todos sus señalamientos pueden ser enmarcados en las atribuciones que le acuerda el art. 125 de la Constitución porteña, en cuanto enuncia entre sus funciones, la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y la de velar por la normal prestación del servicio de justicia, y desde esta perspectiva podrían ser eventualmente atendibles. Sin embargo, es imposible soslayar que el abogado defensor del condenado, al fundar sus recur-

sos, no ha logrado exponer un agravio idóneo para conmover las resoluciones de la Cámara que autorice la consideración de la queja, y tampoco ha desarrollado ningún argumento serio que tenga un mínimo correlato con lo señalado por el representante del Ministerio Público Fiscal, extremos, todos estos, que han sido advertidos por el Dr. Cevasco al postular su rechazo. En estas condiciones, la competencia constitucional del Tribunal (art. 113, CCBA) no se encuentra formalmente habilitada para dar tratamiento a las denuncias formuladas, por más acertadas o relevantes que puedan parecer. Las observaciones efectuadas por el Fiscal en su dictamen (emitido en virtud del art. 19, inc. 1º, ley 21) no habilitan autónomamente nuestra intervención y, por tal motivo, no cabe hacer lugar a su petición.

Sin perjuicio de ello, como *obiter dictum*, debo indicar con cierto grado de asombro y preocupación que le asiste razón al Fiscal General Adjunto, al menos en cuanto denuncia la manifiesta ilegalidad de la pena impuesta bajo el rótulo de "instrucciones especiales" (art. 39, ley 1472), ilegalidad que, insisto, no puede enmendarse en esta oportunidad por falta de competencia. Es sencillo, la sentencia de primera instancia, modificada parcialmente por la Cámara en este punto (respecto al monto), pero insólitamente confirmada en su alcance y modalidad, condenó al contraventor a realizar una "donación de mercaderías, alimentos, medicamentos y enseres (...) a la institución de bien público que oportunamente se determine" (fs. 88), equivalente a la suma que finalmente quedó fijada en dos mil quinientos pesos ($ 2.500). Esta supuesta "donación" no es tal cosa y sostener lo contrario, en muy pocas palabras, me parece un grosero contrasentido. La donación no es, ni puede ser nunca una pena —ni civil, ni penal—, pues ésta, resulta imperioso recordarlo, sólo tiene lugar cuando una persona transfiere, voluntaria y gratuitamente, por un acto entre vivos, la propiedad de una cosa a otra, surtiendo efectos legales desde que esta última la acepta (arts. 1789 y 1792 del Cód. Civil o *Diccionario* de la Real Academia Española), por lo cual, por definición, ésta no puede nacer de una condena, básicamente, porque una de sus características principales es la voluntariedad o intención de beneficiar al donatario (*animus donandi*) y la ausencia de una obligación jurídica del donante para llevar a cabo el "acto unilateral de disposición gratuita de bienes" o el "contrato" (sobre este punto, *Código Civil. Comentado, anotado y concordado*, obra dirigida por Augusto C. Belluscio, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 9, pp. 1 y ss.). En mi opinión, aceptar que una sentencia judicial pueda condenar a una persona a consumar una donación, significa tanto como reconocer que también podría condenarla a contraer matrimonio o a suscribir un testamento; las sentencias sólo disponen, entre otras sanciones, multas,

reparaciones o el decomiso de bienes a favor del Estado, pero no ordenan u obligan al contraventor a llevar adelante generosas donaciones.

Lo cierto es que tan curiosa "donación", equivalente, en definitiva, a la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500), que en derecho comúnmente se denomina multa y tiene otros caracteres, no encubre un propósito altruista o meramente filantrópico, sino que busca eludir los límites objetivos impuestos por el ordenamiento jurídico vigente. Lógicamente esta "instrucción especial" no es más que una disposición patrimonial compulsiva, y su imposición en el caso importa entre otras cuestiones: *i)* desconocer intencionadamente que la instrucción especial, establecida como pena accesoria (art. 39, ley 1472), debe consistir en un "plan de acciones" que auxilie al condenado a modificar los comportamientos que hayan incidido directamente en la realización de su conducta, es decir en una obligación de hacer (art. 625 del Cód. Civil) y no una obligación de dar sumas de dinero (art. 616, ibídem); *ii)* sustraerse, bajo el pretexto de emplear una denominación distinta, del régimen legal previsto para las multas y de las consecuencias de su eventual incumplimiento, entre las cuales cabe considerar la sustitución por otras penas principales (art. 24, ley 1472); *iii)* desviar de manera ilegítima el destino legal previsto para los importes percibidos por las multas que impone la justicia CyF, toda vez que, en vez de ser destinados "a financiar los programas de educación, deportes, promoción social y salud del Gobierno" (art. 29, ley 1472), se distribuirían, irregular y discrecionalmente, favoreciendo a una institución de bien común, por regla, de carácter pública o privada (art. 33 del Cód. Civil); *iv)* vulnerar, principalmente, la prohibición legal expresa en cuanto a la cantidad y calidad de penas que pueden ser impuestas simultáneamente (art. 27, ley 1472), pues, en autos, mediante el subterfugio de llamarla de otra forma, se habría condenado al imputado a cumplir dos sanciones principales y una accesoria (trabajos de utilidad pública, multa y clausura); y *v)* hacer beneficencia con el dinero del contraventor, función indudablemente ajena a la misión del Poder Judicial de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es claro, al menos para mí, que cuando el legislador establece límites en la imposición de penas, ellos no pueden ser rebasados por los jueces. La cuestión atañe al sistema de división de poderes establecido en nuestra C.N., y en la CCBA, porque, al fijar sanciones de un modo expresamente vedado por el legislador, el magistrado se convierte en autor individual de una norma punitiva, cuya gestación está reservada a otro poder. Los jueces del tribunal *a quo* debieron, de cara a los cuestionamientos del Fiscal ante dicho estrado (que introdujo el punto a su consideración, a fs. 42/44), hacer lo posible para que el producto de la sentencia de primera

instancia se ajustara plenamente a los preceptos constitucionales y a las normas que a ellos se conforman. La congruencia que los camaristas debieron observar debió tener como pautas de referencia tanto lo postulado por las partes, como lo dispuesto por la ley; con mayor rigor, en una materia que —como la de autos— excede el interés de las partes e involucra el de la Comunidad. Desgraciadamente, no resulta posible, en esta ocasión, resolver la cuestión en esta instancia superior, pero soy conciente de que he dejado plasmada aquí mi opinión sobre ella.

3. Por último, creo que resulta innecesario expedirse sobre la solicitud de exención del depósito, porque la explicación ensayada por el recurrente no contiene una adecuada fundamentación ("[por] la naturaleza penal de la cuestión que se pone a consideración, no corresponde el pago del depósito previo a que hace referencia el art. 35 de la ley 402, toda vez que constituye un cercenamiento al derecho del imputado"; fs. 115 vta. y 116), puesto que, no expresa concretamente qué derecho se vería lesionado al exigírsele esta tasa y tampoco acierta en el precepto legal que pretende eludir (art. 34, ley 402). En estos términos, su queja es, también en este aspecto, muy poco seria.

4. En suma, corresponde rechazar la queja deducida por el abogado defensor del encartado, Daniel Gustavo Vázquez, e intimar la integración del depósito de ley que reclama su derrota, bajo apercibimiento de ejecución (mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996, sentencia del 14/9/2005).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega, la Sra. Ana M. Conde, en razón de que observo los mismos defectos que ella tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad. La extrema confusión que ha planteado el recurrente al esgrimir sus agravios ha terminado por quitarles a ellos toda base constitucional, a más de que, como lo señala la señora jueza preopinante, la crítica del auto denegatorio de la Cámara es absolutamente voluntarista.

2. En cuanto a la pretendida lesión a la garantía del debido proceso legal y de acceso a la jurisdicción, introducida en el recurso de queja articulado por el defensor (fs. 114 vta./115), no es posible entender por qué el auto que declara inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por improcedente niega el acceso a la jurisdicción. Como ya he dicho en otras

oportunidades, si el argumento fuera cierto, para sostener el principio de acceso a la jurisdicción todos los recursos —sobre todo el de queja— deberían necesariamente triunfar, pues si ello no ocurriera se negaría el acceso a la jurisdicción. Por ello, me limitaré a precisar que, en todo caso, el remedio para el planteo intentado consiste sólo en pedirle a este Tribunal, competente en definitiva para tratar el recurso, que lo considere (conf., entre otros, mi voto, punto 2, en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Duarte, Daniel Rubén s/infracción art. 41 CC —apelación—'", expte nº 3231/04, resolución del 16/12/2004). En consecuencia, una vez articulada dicha solicitud a través de la queja bajo estudio no resta ya atender al planteo intentado frente a la inexistencia de agravio alguno.

Vale la pena agregar que tampoco se entiende cuál es el problema que el examen de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del recurso de inconstitucionalidad (por la Cámara y ahora por el TSJ), para admitirlo o rechazarlo, le puede provocar al derecho de recurrir el fallo penal condenatorio ejercido por el condenado, derecho fundamental concedido por las convenciones regional y universal sobre derechos humanos, que menciona el recurso. En la causa concreta, él ha podido recurrir —sin éxito total— la sentencia de mérito (condena) y, también, esa sentencia final por la vía que agrega el derecho local, hoy decidida definitivamente. Al parecer, se trata sólo de una mención, como sucede con otras reglas fundamentales.

3. Rechazada la queja, su efecto es que, al menos en relación con la competencia de este Tribunal, la sentencia ha quedado firme, lo que indica, en principio, su imposibilidad de revisión en esta instancia. El Fiscal General y el Fiscal General Adjunto son aquí escuchados por imperio de la ley (consejeros del Tribunal), pues la fiscalía no ha interpuesto recurso alguno, razón por la cual su petición de que el Tribunal declare la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia y la nulidad total de la de segunda instancia (punto III de su dictamen, fs. 122/123 vta.) carece de todo sustento legal.

Por lo demás, más allá de los aciertos que pudiera tener la opinión de la señora jueza de trámite sobre la calificación jurídica de la llamada "donación" y sobre el sistema de penas del Código Contravencional —sistema que, sin duda, alienta la perplejidad—, no resulta posible, conforme a lo dicho, opinar al respecto, ni deseo expresarme sobre el punto en una causa que no lo tiene en su núcleo.

4. Por todo ello, voto por rechazar el recurso de queja intentado y por exigir el depósito previsto por la ley (art. 34, ley 402).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa del Sr. Daniel Gustavo Vázquez ante el Tribunal, si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede ser admitido.

2. El escrito del quejoso contiene de manera por demás confusa, una serie de consideraciones que no alcanzan para poner en crisis al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Así ocurre, como lo indica mi colega el juez Maier en su voto, con las referencias a una supuesta violación a la garantía del debido proceso legal y con la invocación de la afectación del derecho a recurrir. En ambos supuestos el recurrente no supera el nivel de manifestaciones dogmáticas y de difícil comprensión por el estilo con que son presentadas.

3. La exposición que la defensa hace en el recurso de queja no excede la reiteración de su desacuerdo con la resolución impugnada sin lograr concretar una crítica adecuada del pronunciamiento atacado.

Tal como ya se ha establecido en numerosos precedentes, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad dado que no se trata de una mera reedición del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Así como fue obligatorio para los jueces de la Cámara fundar la resolución por la cual declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión. La queja por lo tanto no puede prosperar porque, insisto, los argumentos que la defensa presenta al TSJ para que admita su recurso de inconstitucionalidad no logran derribar las razones que dio la Cámara al declararlo inadmisible.

4. Por lo expuesto voto por rechazar el recurso interpuesto a fs. 112/116.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde, en cuanto entendió que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el *a quo*, toda vez que carece de un adecuado fundamento.

2. En cuanto a lo solicitado por el Fiscal General Adjunto en su dictamen —anulación parcial de las sentencias de las instancias de mérito por haberse violado el principio de legalidad—, toda vez que el recurso de queja, tal como ha sido interpuesto, no es hábil para revocar el auto dene-

gatorio del recurso de inconstitucionalidad del condenado, y que dicho recurso es el único que ha sido interpuesto contra la sentencia definitiva del *a quo*, este tribunal carece de competencia para pronunciarse al respecto, no obstante reconocer la seriedad y trascendencia del planteo.

3. Por las razones apuntadas en mi voto en la causa "Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 3996/05, sentencia de este Tribunal del 14/9/2005, voto por no exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo propician la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y el señor Fiscal General Adjunto (fs. 121/124), la queja interpuesta debe ser rechazada.

En mi concepto, la queja no contiene una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. El cuestionamiento realizado por la defensa básicamente sostiene que la actuación del *a quo*, al denegar el recurso interpuesto, ha vulnerado su "derecho a la tutela judicial efectiva" y, con ello, su derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior (fs. 114 vta./115). Sin embargo, tales manifestaciones carecen de verdadero sustento a poco que se advierta que la parte efectivamente ha articulado el presente remedio a fin de ejercer tal derecho. Descartado ese argumento, se evidencia que la recurrente sólo se limita a reiterar su discrepancia con la decisión de la Sala II de la Cámara sin rebatir todos y cada uno de los consistentes fundamentos expresados por el *a quo* en oportunidad de justificar el rechazo del remedio incoado.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re*: "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

Es aplicable, entonces, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (*Fallos,* 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338; en el mismo sentido, este TSJ *in re*: "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 92 y ss.).

La circunstancia apuntada, entonces, sella la suerte adversa del recurso intentado, toda vez que lo priva de fundamentos mínimos tendientes a demostrar su procedencia.

2. Por lo demás, la queja también reitera los defectos que ya contenía el recurso, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

La mención de una supuesta doble persecución por el mismo hecho no logra delinear de manera suficiente una verdadera cuestión constitucional que permita habilitar la competencia de este estrado. Ello así, pues no se advierte crítica alguna en relación al argumento brindado por los jueces de la causa que han determinado de manera fundada que, en el caso, no se ha configurado una vulneración del principio de *ne bis in idem*, dado que la acción contravencional de autos está dirigida contra el señor Vázquez y, en cambio, en ejercicio de su poder de policía el GCBA ha iniciado un legajo administrativo contra una sociedad comercial (Dormi SA).

La supuesta violación al principio de congruencia —por haberse modificado ilegítimamente el objeto del proceso— también carece de sustento, dado que el recurrente no rebate siquiera mínimamente el argumento de la Cámara que, frente a este agravio, entendió que la base fáctica del proceso de autos no había variado en absoluto y, en consecuencia, el imputado había podido defenderse plenamente. Se evidencia que, mediante argumentaciones confusas, el recurrente evita hacerse eco del aludido argumento.

3. En cuanto al depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, considero que, al declararse la improcedencia de la queja y dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos, corresponde intimarlo para que cumpla con la integración del mismo. En homenaje a la brevedad, me remito a los fundamentos desarrollados en anteriores oportunidades, que también resultan aplicables a un caso con las características de autos (conf. mis votos *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa nº 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. nº 2266, sentencia del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto a fs. 112/116 e *intimar* al recurrente para que, en el término de cinco días, integre el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LX

"URFEIG, NORBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'URFEIG, NORBERTO C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/REVISIÓN DE CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

JUEZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Excusación.

Expte. nº 5041/06 - 14 /5/2007.

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La jueza Dra. Alicia E. C. Ruiz se excusa de intervenir en el proceso "por razones de decoro y delicadeza" (fs. 94).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La razón expresada por la jueza Alicia E. C. Ruiz justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en el art. 23, *in*

fine, CCAyT, aplicable en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

2. Aceptada la excusación de la Dra. Ruiz, corresponde integrar el Tribunal conforme al art. 24, inc. 1º, ley 7.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz para intervenir en el proceso.

2º. *Integrar* el Tribunal de la manera prevista en el art. 24, inc. 1º, ley 7.

3º. *Mandar* que se registre, se cumpla, se notifique a la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al recurrente y al juez que resulte desinsaculado.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MUÑOZ, ALEJANDRO LUIS MARÍA C/GCBA (DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HUMANOS) S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA. Requisitos. Fundamentación autónoma. Caso constitucional. Principio *iura curia novit*. Interpretación de normas infraconstitucionales. Empleo público. Licencia extraordinaria sin goce de haberes. Cómputo de la antigüedad.

Expte. nº 4967/06 - 16/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Alejandro Luis María Muñoz demandó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) para que se compute correctamente su antigüedad, teniendo en cuenta los períodos comprendidos entre los años 1988 y 1991, durante los cuales gozó de licencias extraordinarias sin goce de haberes para hacer uso de la beca que recibiera para desempeñarse como Asistente Extranjero en el Servicio de Cirugía General del Hospital Internacional de la Universidad de París. También peticionó que sobre la base de su antigüedad correctamente computada se lo reencasille en el nivel y grado que le correspondería en el Sistema Municipal de la Profesión Administrativa (en adelante: SIMUPA), de acuerdo con sus antecedentes. Finalmente, solicitó que se le abonen retroactivamente las diferencias salariales, más los intereses y las costas.

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó: *1)* reencasillar al actor en el nivel y grado que le correspondiera, computando el período en que hizo uso de licencia sin goce de haberes (1/4/1988 hasta el 1/6/1991); *2)* reconocer las diferencias salariales entre lo percibido y lo que debía percibir; *3)* rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 7º y 10 de la ley 23.928, modificada por su similar nº 25.561, con costas a la actora; *4)* imponer las costas del principal a la demandada.

3. Ambas partes apelaron la sentencia, expresaron agravios y contestaron los agravios de la parte contraria. En lo que interesa a los fines de esta queja, el Gobierno sostuvo que la sentencia no respeta el principio de congruencia y es contradictoria al afirmar que la antigüedad no es un parámetro que deba tenerse en cuenta para el reencasillamiento, pero sí lo es para determinar el grado profesional. Agregó que las licencias sin goce de haberes, salvo excepciones, no son computables a efectos de la promoción automática y el cómputo de la antigüedad. Cuestionó también la condena al pago de las diferencias salariales reclamadas en la demanda.

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió: "rechazar el recurso del Gobierno y aceptar el del actor, en los siguientes términos: *1)* ordenar a la Administración que corrija la antigüedad del agente teniendo en cuenta los períodos en que gozó de las licencias aquí consideradas, a fin de su capacitación; *2)* ordenar a la Administración que tenga en cuenta dicha antigüedad a los efectos de cuantificar los días que correspondan por descanso anual remunerado; *3)* confirmar el punto 1 de la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo a la tasa de interés, que deberá calcularse conforme se dispone en el punto XII de esta decisión; *4)* imponer las costas de primera instancia por su orden por la incidencia relativa al planteo

de inconstitucionalidad de la ley 23.928; *5)* imponer las costas de la alzada a la demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 62, CCAyT)" —fs. 39/42 vta.

En los fundamentos de la decisión, la Sala interpretó que la pretensión del actor tiende a que se le compute de forma correcta su antigüedad, para lo cual deberían considerarse los períodos durante los cuales gozó diversas licencias, con y sin goce de haberes, que no fueron computados por la Administración. Una vez efectuada la corrección en su antigüedad, las consecuencias serían: *a)* el reencasillamiento; *b)* el cobro de las diferencias salariales respectivas; *c)* el reajuste en su situación escalafonaria y *d)* la ampliación del período de licencia anual por vacaciones que le corresponde.

En cuanto al cómputo de la antigüedad la Sala afirmó que "no hay ninguna regla jurídica local expresa que determine que dichos períodos de licencia no se computan a los efectos de la antigüedad"; "que la relación continúa (no se suspende), más allá de que no se preste, por razones que el derecho positivo admite, efectivamente un servicio"; que "[a] los efectos de contar la 'antigüedad' hay que tener en cuenta, *prima facie*, la duración de la relación de empleo público, sin 'descontar' los períodos de licencia"; y destacó "la relevancia que posee la capacitación en la relación de empleo público, que en cuanto verdadero principio en la materia, es la base para el otorgamiento de deberes y derechos a las dos partes de aquella relación. Y es que la capacitación es un derecho del trabajador, pero también un deber, en la medida que ella es necesaria a los fines de prestar un servicio eficiente".

Admitida la pretensión en ese punto, la Sala consideró que debe tenerse en cuenta la antigüedad correctamente establecida del agente para la promoción pasiva dispuesta en el art. 3.1. de la ordenanza 41.455 y, "luego, proyectar dicha situación a su reencasillamiento, en los términos dispuestos por el juez de primera instancia en su sentencia" y a la liquidación de las diferencias salariales.

En cuanto a los intereses dispuso que se calculen a la "tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, salvo los intereses correspondientes al período enero/septiembre de 2002 en que se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina".

En cuanto a las vacaciones, consideró que no era aplicable el art. 44, segundo párrafo, ordenanza 40.401, que establece que los períodos durante los cuales se usa una licencia sin goce de haberes no generan derecho a licencia anual por vacaciones, pues lo que debe decidirse es "cómo se computan los años de antigüedad mencionados en el art. 43 de la citada ordenanza" que cuantifica los días de licencia anual ordinaria que co-

rresponde a cada agente en función de los años de antigüedad que registra. La sentencia resolvió "que a los efectos de determinar cuántos días de licencia ordinaria le corresponden al agente por año se deben computar los períodos usados en concepto de la licencia aquí bajo examen dedicadas a su capacitación" y que "al tratarse de una situación dudosa, debe estarse a la lectura más favorable al trabajador".

Finalmente modificó la imposición de las costas en cuanto a la incidencia referida a la inconstitucionalidad de las normas vinculadas con la actualización de las sumas debidas, que el *a quo* rechazara, y las impuso por su orden "pues las contingencias económicas vividas luego de la salida del régimen de convertibilidad justifican el planteo realizado, de manera que dicha distribución es la más justa en el caso".

5. La Procuración General planteó el recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la arbitrariedad de la sentencia recurrida (fs. 43/54). El actor contestó su traslado y solicitó su rechazo (fs. 55/60 vta.).

La Sala expresó que "si bien [la arbitrariedad] no es una causal expresamente reconocida en la ley 402, la mayoría del TSJ ha admitido la invocación de la doctrina de la arbitrariedad" mas ella "no puede tratarse de una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales...". Luego ponderó que si bien "la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas pero —contrariamente a lo alegado por el recurrente— no ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica", razón por la cual no concedió el recurso (62 vta.).

Frente a la denegatoria, el GCBA interpuso ante el Tribunal la queja que tramita en autos (fs. 64/78 vta.).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto se expidió por el rechazo de la queja (fs. 84/87).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma y se dirige a atacar lo resuelto por el superior tribunal de la causa, mas no puede prosperar ya que ni en esta oportunidad ni en el recurso de inconstitucionalidad se ha planteado en forma adecuada un caso constitucional.

2. Como puede advertirse con nitidez del relato efectuado en las "resulta" de esta decisión y de la lectura de las piezas acompañadas con la queja, el debate que la Procuración General pretende traer a decisión del Tribunal trata sobre cuestiones que son ajenas, por completo, al recurso de inconstitucionalidad.

Aunque la Procuración pretende fundar el caso constitucional en que la alzada omitió considerar su agravio en relación a que la sentencia del *a quo* habría resuelto en forma *extra petita* al aplicar la ordenanza 41.455 que fue no invocada por el actor (fs. 31, 49/50: punto 2.1), debe recordarse que la selección de las cuestiones a ser consideradas en el sentencia que resuelve el recurso y la determinación del derecho aplicable, por regla, corresponden a los jueces de grado.

En cuanto a lo primero, ya es doctrina reiterada de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación la que sostiene que "[e]l juez no está obligado a expedirse sobre todos los argumentos expuestos por las partes sino sólo respecto de aquellos que fueren conducentes para fundar sus conclusiones y resultaren decisivos para la solución de la controversia" (*Fallos,* 322:270, entre muchos otros).

Lo segundo remite a la consideración del principio *iura curia novit.* Si bien al aplicarlo los jueces cuentan con ciertas limitaciones (tal como la prohibición de introducir defensas no planteadas por las partes), la sentencia no ha infringido ese límite, ya que la determinación de la regla jurídica que debió regir la situación del actor no conllevó, como se denuncia en el recurso, a la modificación de la pretensión esgrimida, sino al desarrollo coherente —y no contradictorio, como lo postula la Procuración General—entre los elementos "antigüedad" del actor, su "encasillamiento" y el "grado profesional" alcanzado, dado que éste sí depende de la "antigüedad" computada. De tal forma, al requerir el actor en su demanda, como primera cuestión, que se compute correctamente su antigüedad, las implicancias necesarias que se derivan de su admisión y el encuadre jurídico de esas consecuencias no vician la sentencia en la forma que la Procuración General lo plantea.

3. Los restantes agravios expresan la discrepancia del recurrente con la ponderación de la prueba y con la interpretación de reglas infraconstitucionales referidas a las licencias, a la antigüedad, a la situación de la relación de empleo público cuando el agente se encuentra con licencia extraordinaria, y a la relación entre diversas normas locales. Podrá o no compartirse la interpretación efectuada por la alzada, pero más allá de su acierto o error, el pronunciamiento objeto de reproche —en cuanto es materia del recurso— se encuentra fundado y razonado a partir de las circunstancias comprobadas de la causa y los agravios propuestos por la parte interesada. Lo expuesto, en mi concepto, es suficiente para decidir el rechazo del remedio intentado.

4. En suma, la invocación de disposiciones constitucionales por la Procuración General tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja no permite soslayar que en el caso no se discute la validez de una regla jurídica ni su interpretación por ser contraria a normas constitucio-

nales de superior jerarquía, y que la sentencia recurrida se encuentra suficientemente fundada.

Por las consideraciones expuestas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, estimo que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la Procuración General de la Ciudad.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE y el juez LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso de queja interpuesto por la parte demandada deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar ya que no satisface los requisitos formales para ser tratado.

El recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA y en el art. 34 de la ley 402— no es sólo una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino y fundamentalmente, una impugnación primera, autónoma, autosuficiente de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

El escrito de la recurrente no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (cfr. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001) ni rebate argumentativamente las razones por las cuales la Cámara resolvió no concederlo.

En la queja, el GCBA se limita a volver sobre los agravios que expusiera en el recurso denegado, sin dedicar ni siquiera un párrafo al auto interlocutorio. En suma, ninguno de los argumentos por los que la Cámara no concedió el recurso de inconstitucionalidad fueron rebatidos en el escrito de fs. 64/78 vta.

Es aplicable, entonces, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338).

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja. Así voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Comparto el criterio del señor juez de trámite, José O. Casás, en tanto propicia el rechazo del recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad.

2. El primer agravio invocado por la recurrente se refiere a la omisión por la Cámara de examinar su argumento acerca de la resolución supues-

tamente *extra petita* del juez de grado, que aplicó la ordenanza 41.455 para establecer el alcance del concepto de antigüedad en función de la prestación de servicios y la incidencia del cómputo de tiempo durante el cual el actor estuvo en uso de licencia sin goce de haberes por razones de estudio.

Respecto de la falta de necesidad de que los tribunales traten o se expidan acerca de todas las cuestiones que involucra la resolución de la controversia, la propia CSJN acepta que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre la totalidad de los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, sino que sólo deben hacerlo respecto de aquellos argumentos y pruebas que resulten, precisamente, "conducentes" para la correcta composición del litigio (*Fallos,* 272:225; 274:486; 276:132; 287:230).

La propia Cámara recuerda que no está obligada "a seguir al recurrente en todas y cada una de las cuestiones propuestas a su consideración, sino tan sólo en aquellas que resulten conducentes y esenciales para decidir el caso y basten para sustentar un pronunciamiento válido" (voto del juez Corti, fs. 40, legajo de la queja). No obstante ello, la alzada no ha *omitido* tomar en cuenta el agravio analizado. Por lo contrario, el tribunal se ha expedido *claramente* acerca de la cuestión de fondo, esto es, si las licencias del actor, incluso aquéllas sin goce de haberes, deben considerarse a los fines del cómputo de la antigüedad. "Sostener, como lo sugiere el Gobierno en más de un pasaje, que el hecho de gozar una licencia implica de por sí una suspensión de la relación de empleo público, no se compadece con el régimen laboral. Y es que la relación continúa (no se suspende), más allá de que no se preste, por razones que el derecho positivo admite, efectivamente un servicio. / No encuentro razón para que lo dicho, que se entiende con claridad cuando se expone con respecto a la licencia anual ordinaria, no sea aplicable a las licencias otorgadas al actor para que se capacite y adquiera mayores y más específicos conocimientos aplicables a su tarea como trabajador de la Administración local" (fs. 40 vta./41).

3. Los restantes agravios que se expresan tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad sólo desnudan la discrepancia del recurrente con los criterios hermenéuticos aplicados por la Cámara y con otros aspectos de orden fáctico y probatorio, en razón de lo cual la impugnación del GCBA transita por un carril puramente infraconstitucional que deriva, finalmente, en un planteo de arbitrariedad del decisorio en crisis ("análisis erróneo de la normativa de aplicación, análisis inadecuado de la prueba, dogmatismo y autocontradicción") que, como lo he sostenido múltiplemente, considero inaceptable en un contexto como el descripto (ver mis votos *in re* "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565, sentencia del 26/5/2005 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstituciona-

lidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792, resolución del 29/6/2005).

4. En suma, en el decisorio impugnado no se puso seriamente en debate la interpretación de disposición constitucional, ley o tratado alguno cuyo desconocimiento autorice la intervención del TSJ como custodio final del derecho constitucional.

Por las razones sucintamente expuestas en los puntos anteriores, voto por rechazar la queja planteada por el GCBA a fs. 64/78 vta.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 64/78 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala I de la Cámara de Apelaciones para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXII

"GIULIANO, LUIS ÁNGEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GIULIANO, LUIS ÁNGEL C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA. Caso constitucional. Extensión de la cesantía a los demás cargos docentes. Nulidad absoluta e insanable de la resolución de la Secretaría de Gobierno que declaró la cesantía por falta de causa. Derecho de defensa en juicio. Garantía de estabilidad en el empleo público. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. Principio de proporcionalidad entre la sanción aplicada y la falta cometida.

Expte. nº 4958/06 - 16/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Luis Angel Giuliano inició ante los juzgados de primera instancia en lo contencioso-administrativo y tributario una demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA), para que: *a)* se declarara la nulidad de la sanción de cesantía dispuesta por resol. 107 del Secretario de Gobierno, de fecha 20/4/99, *b)* se lo reintegrara en los cargos docentes que desempeñaba y *c)* se condenara al demandado al pago de $ 100.000, más sus intereses, en reparación de los daños y perjuicios que ese acto le habría ocasionado. El actor planteó la nulidad absoluta e insanable de la resol. 107/99 por carecer de causa y haberse dictado en violación de la ley aplicable y de la finalidad que debió inspirar el acto.

El demandante relató que había impugnado esa decisión mediante recurso jerárquico y que durante su trámite había solicitado que se aplicara lo dispuesto en el dec. 2299/GCBA/98, que prevé el cese administrativo del agente en el cargo u horas de cátedra en las que inasistiere el docente (escuela nº 14, D.E. 21) y no en los demás cargos docentes en los que revista para el GCBA (EMET nº 5, DE 11, EMET nº 3 DE 21 y EMET nº 4 DE 1). Agregó que transcurridos cuatro años desde que interpusiera el recurso, éste no había sido resuelto.

2. Ante el planteo de incompetencia formulado por el Ministerio Público Fiscal (fs. 37, 64 vta., autos principales) la Cámara de Apelaciones se declaró competente para intervenir en el caso, de acuerdo con lo establecido por los arts. 464/465, CCAyT (fs. 85/86 autos principales).

3. Corrido el traslado de la demanda, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires la contestó y solicitó su rechazo. Entre otras cuestiones, consideró que el dec. 2299/98 no resulta aplicable a la situación del agente ya que él se refiere a "inasistencias injustificadas" y no al abandono del horario de clases, que fue una de las causales de la cesantía.

Defendió la validez del acto administrativo ya que fue emitido de acuerdo a una racional interpretación de los hechos y del derecho, previo labrarse un sumario regularmente tramitado, en el que el actor ejerció su defensa al prestar declaración indagatoria, presentar su descargo y ofrecer prueba.

4. Tramitado el proceso, la Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió: "I. Confirmar el acto que dispuso la cesantía del Sr. Luis Angel Giuliano. II. Intimar a la Dirección de Liquidación de Haberes a que proceda según lo dispuesto en el considerando 6 del presente. III. Costas a la vencida (art. 62, CCAyT)".

La sentencia expresó, entre otros argumentos, que en cuanto a "lo pretendido por el Sr. Giuliano, respecto de la primera y segunda imputación, se encuadre en las prescripciones del dec. 2299/98 y así limitar la sanción impuesta, al cargo que ocupara en la Escuela nº 14 DE 21, debo considerar (...) [que] los deberes del personal docente se entienden extendidos a todas las instituciones donde el mismo preste servicios, es decir que, atento a los primeros de los cargos por los cuales se lo sanciona con cesantía al actor, debo aclarar que corresponden a una falta grave, que provoca en toda la comunidad educativa, es decir tanto en los alumnos ante la carencia de personal responsable de ellos en los horarios de clase, como en los padres y personal docente de la entidad, total desamparo e intranquilidad, producto de tales irregularidades. Lo expuesto no obedece exclusivamente al encuadre de las inconductas cometidas por el actor en el marco de una de las instituciones educacionales, sino por el contrario, la conducta desarrollada por un docente, la hace extensible a todos los establecimientos educativos, en los que el actor puede potencialmente, desenvolverse. Lo antedicho tiene relación directa con la conducta decorosa que debe observar cualquier docente en sus ámbitos laborales y que escapan del marco específico donde la conducta se lleva a cabo, ya que la misma debe observarse en todas las instituciones donde preste servicios el docente y a todas ellas se hace extensible". El juez ponente también detalló las pruebas que permitían fundar los cargos tercero y cuarto expresados en el acto de cesantía. Tras ello formuló una valoración general del comportamiento del actor: "la conducta del Sr. Giuliano ha tomado respecto de los diferentes requerimientos efectuados por la Administración, una actitud reticente, no contemplativa de la autoridad jerárquica correspondiente".

En cuanto a la reparación reclamada, la sentencia consideró "los servicios efectivamente prestados por el actor y que hacen a su solicitud de daños y perjuicios. Así las cosas, se adjuntan a fs. 149 a 156 los decretos del Jefe de Gobierno que reconoce los servicios prestados por el Sr. Giuliano. Por los motivos expuestos, teniendo en cuenta que el actor cumplió efectivamente tareas luego de ser declarado cesante, debe intimarse a la Dirección de Liquidación de Haberes, Dirección General de Recursos Humanos, que presente el detalle de cada uno de los establecimientos educativos donde prestó servicios luego de la disposición recaída en la resol. 107, a los efectos de determinar de manera precisa el quantum de lo adeudado al actor y proceda luego a abonarlos en concepto de cuantificación de la reparación de daños y perjuicios".

5. El actor dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 219/220 vta., autos principales) en el que se agravió por cuanto la sentencia habría: *a)* omiti-

do considerar cuestiones relevantes, concretamente, la posibilidad normativa de que se dispongan cesantías parciales, y el dictamen del Director General de Asuntos Jurídicos de la Procuración General que aconsejaba hacer lugar al recurso jerárquico articulado contra la cesantía; *b)* afectado la garantía de la defensa en juicio al extender a todos los cargos docentes la cesantía motivada en las inconductas en que incurriera en uno de ellos. Contestado por la Procuración General a fs. 225/228 (autos principales) vta. el recurso fue denegado por la Sala II (fs. 230/231 vta., autos principales).

En la queja el actor sostuvo que la Sala "no replica la vulneración del derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.) y su inviolabilidad garantizada por el art. 13 de la Constitución de la Ciudad, que alegué en el escrito en que interpuse el recurso de inconstitucionalidad" (fs. 18 vta. *in fine*/19) y que "[e]l caso constitucional se configura desde el momento en que, a pesar de la claridad del texto del art. 1º de la resol. 107-SG/99, se me deja cesante en todos los cargos (...) vulnerándose no solamente mi derecho de defensa sino también el derecho a la estabilidad del empleado público garantizado por el art. 14 bis de la C.N." (fs. 19, punto 2.2.2.2."; consideración que reitera a fs. 19 vta., segundo párrafo).

El señor Fiscal General Adjunto se expidió por el rechazo de la queja (fs. 28/30).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma (art. 33, LPT) pero no puede prosperar.

2. Vale señalar de modo preliminar que cuando la sentencia de fondo decidió "[c]onfirmar el acto que dispuso la cesantía del señor Luis Angel Giuliano" no vino más que a resolver el rechazo de la demanda. Utilizar la voz *confirmar* supone —como regla, y salvo el excepcional supuesto en que la Administración sea autorizada por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales, siempre sujetas a control judicial pleno— que el órgano que decide y el órgano cuyo acto es recurrido pertenecen al mismo ámbito del poder del Estado, situación que no se presenta cuando los jueces ejercen el control de legitimidad de un acto administrativo. Además, la *confirmación* del "acto que dispuso la cesantía", supone que el pronunciamiento judicial lo hace suyo haciéndolo participar de la estabilidad que adquiera la sentencia. Tal decisión no repara en que la cosa juzgada judicial es distinta de la estabilidad propia de los actos de la administración que, a su vez, guarda congruencia con el régimen de revocación previsto

para ellos. De todos modos, resulta innecesario avanzar sobre el punto porque no fue traído agravio alguno al respecto ni se advierte perjuicio actual en la materia.

3. El recurrente no muestra que la sentencia impugnada hubiera omitido expedirse en relación con objeciones constitucionales oportunamente planteadas por el Sr. Giuliano para probar la invalidez de la sanción cuestionada. El menoscabo del derecho de defensa y de la garantía de estabilidad en el empleo público, supuestamente ocasionados por la extensión del cese administrativo a todos los cargos docentes detentados en establecimientos dependientes de la demandada, aunque la inconducta reprochada sólo se había verificado en la escuela nº 14, fue invocado por vez primera al interponer el recurso de inconstitucionalidad de fs. 219/220 (autos principales). No constituyó, a su turno, materia de pronunciamiento del *a quo*. Por tanto, acceder a tratar lo que no configura sino una reflexión tardía del recurrente vendría a expandir la jurisdicción originaria de este Tribunal en contra de lo previsto en el art. 27 de la ley 402 (conf. TSJ *in re* "Lombao, Manuel Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Lombao, Manuel Jorge c/Comisión Municipal de la vivienda s/recurso de revisión c/cesantías o exoneraciones", expte. nº 3560/04, resolución del 4/5/2005 y *Fallos,* 307:629 y 308:51, entre muchos otros).

Por lo demás, el recurso de inconstitucionalidad no acredita cuál sería la relación directa que existe entre las cláusulas constitucionales invocadas y lo resuelto a fs. 7/11. Por un lado el actor, al no identificar vicios concretos en la actuación sumarial, no logra acreditar que la sanción impugnada no fuera el resultado de un procedimiento regularmente tramitado, en el que pudo desplegar sus defensas. Por otro, omite indicar cómo la interpretación que este Tribunal formulara en torno a la garantía de estabilidad podría llevar a modificar el fallo que encuentra sustento en que los cargos formulados contra el actor encuadrarían en las previsiones del Estatuto Docente, cuyo texto e interpretación no fueron reputados inconstitucionales y, además, que ellos serían suficientes para fundar la cesantía con el alcance dispuesto por la resol. 107-SG/99. El criterio del recurrente no pasa de pretender base constitucional para una discrepancia relativa a normas de rango inferior a la CCBA que, a su criterio, habrían permitido una sanción de menor gravedad.

La mera ruptura del vínculo laboral no suscita automáticamente un conflicto con la garantía de estabilidad ni con las previsiones del arts. 18, C.N. y 13, CCBA, por eso era preciso que el actor conectara las cláusulas constitucionales mencionadas con la sentencia de fondo atacada.

4. Por su parte, el agravio que objeta la selección de las defensas analizadas por la Sala para resolver el pleito no prueba que los planteos

omitidos hubieran conducido a la Cámara a una solución distinta. La decisión de la alzada de no detenerse en actos preparatorios y ceñirse al acto administrativo cuestionado (v. gr., diferencia entre dictámenes consultivos y el acto sancionatorio) no puede ser descalificada por inconstitucional. La referencia a que no se consideró la posibilidad de cesantías parciales (el "cese administrativo" previsto por el dec. 2299/98) tampoco se corresponde con las constancias de la causa, ya que la sentencia brindó las razones por las que no lo consideró aplicable en el caso (fs. 212 vta./213) sin merecer ellas objeciones constitucionales que justifiquen admitir el recurso intentado.

5. En efecto, los agravios referidos a la valoración de las circunstancias del caso y a la interpretación de las reglas establecidas en el Estatuto del Docente y sus decretos reglamentarios tienden a controvertir el fundamento jurídico de derecho local no constitucional contenido en la sentencia recurrida. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

Por las razones expuestas, propongo el rechazo del recurso de queja planteado por el Sr. Luis Ángel Giuliano a fs. 17/19 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los sólidos fundamentos desarrollados por el señor juez de trámite, Luis Francisco Lozano, en los puntos 3, 4 y 5 de su voto y a la solución allí propuesta. Corresponde, entonces, rechazar el recurso de queja interpuesto por el señor Luis Ángel Giuliano.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Como lo expresa el señor juez de trámite, Luis Lozano, el recurso de queja adherido al de inconstitucionalidad peca de varios defectos:

a) En primer lugar, en lo referente a la solución del caso, sólo controvierte normas de Derecho común (infraconstitucional) o, mejor dicho, la interpretación que esas reglas merecen, sin invocar razón constitucional directa alguna que implique su inaplica-

bilidad —inaplicabilidad que tampoco el recurrente pretende. La cuestión, entonces, se mantiene en el ámbito de una diferente interpretación de reglas infraconstitucionales, que no comprometen principio o norma constitucional alguno.

b) Respecto de la lesión a la garantía de la defensa en juicio, el recurso, en momento alguno, ha identificado satisfactoriamente el vicio del acto procesal que, según entiende, lo ha privado del derecho a defender su propia acción, a más de que, como lo señala el Dr. Lozano, se trata de una reflexión tardía en tanto no se refiere a la misma sentencia y se invoca por primera vez en el recurso de inconstitucionalidad.

c) Tampoco identifica el recurso de qué manera ciertos planteos defensivos, que supone omitidos, pudieron conducir a una solución distinta y, en verdad, la presentación toda parece más una protesta por disconformidad con la sentencia (ésta *agravia* al recurrente) que una injerencia indebida desde el punto de vista constitucional.

d) En este sentido, el recurso menciona varios reclamos relativos a la forma de interpretar el caso, sus circunstancias y la aplicación de reglamentos vigentes —que, como se dijo, la demanda no pretende eliminar de su aplicación al caso—, con lo cual ni siquiera ingresa a la competencia del TSJ por aproximación. Es correcto señalar, con el juez de trámite, que el pronunciamiento impugnado no adolece de fundamentos inconsistentes ni carece de fundamentación; sencillamente, el recurso sólo pone de manifiesto la mera discrepancia del Sr. Giuliano con la sentencia que hace objeto de crítica.

Aquello expuesto hasta aquí es suficiente para rechazar el recurso de queja de fs. 17/19 vta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en legal tiempo y forma, contiene una crítica concreta y detallada del auto interlocutorio que denegó el recurso de inconstitucionalidad y es admisible.

2. El eje de la cuestión, correctamente reseñada en los resultas, gira en torno de la validez de la resol. 107 del Secretario de Gobierno, de fecha 20/4/1999, que declaró cesante al actor.

3. El recurso de inconstitucionalidad plantea una cuestión constitucional. El actor impugna la decisión de la Cámara porque considera que viola su derecho de defensa en juicio (conf. art. 13, inc. 3º, CCBA). Dice

que "ninguno de los cargos determinantes de la cesantía afectan a toda la comunidad educativa y pretender que una sanción aplicada en un cargo deba extenderse a todos los demás, resulta violatoria del derecho de defensa en juicio, no sólo porque el acto administrativo que la dispuso no los incluye, sino porque no se me permitió defenderme de cargos que no se me formularon".

4. Si bien la argumentación del accionante es débil y un tanto difusa, entiendo que logra definir el caso constitucional en una situación que lesiona derechos fundamentales como consecuencia de la privación ilegítima del empleo (conf. arg. art. 25.2.b, CADH). Y la invocación no puede calificarse como tardía porque esa cuestión constitucional estaba ya aludida por su misma elusión en la instancia anterior: los jueces que decidieron, al momento de resolver disponían de la totalidad del derecho vigente, lo que incluye —obvia y primordialmente— las normas constitucionales pertinentes, si bien la Cámara al sentenciar no tomó en cuenta ni la Constitución Nacional ni la de la Ciudad.

5. En razón de lo expresado precedentemente, que el actor no haya mencionado ciertas palabras rituales para la apertura de esta instancia no enerva que sea a través del recurso de inconstitucionalidad donde ahora exprese —y esta vez sí como requisito de fundabilidad— una cuestión constitucional.

6. El recurrente plantea su caso constitucional con sustento en la falta de razonabilidad de la medida —cesantía en todos los cargos— y contra el tribunal superior de la causa que, al convalidar la decisión administrativa infringe el art. 13, inc. 3º de la CCBA, toda vez que extrae consecuencias de hechos que no fueron investigados y parte de una presunción caprichosa e inadmisible de la administración sobre la conducta general del agente.

7. La interpretación que sustenta el actor del dec. 2299/98 que modificó el Anexo I del dec. 611/86 reglamentario del Estatuto del Docente, es correcta. La resol. 107/99 de la Secretaría de Gobierno viola las disposiciones del dec. indicado, que tiene el carácter de norma superior respecto de aquella.

Los términos del dec. son claros: establece que el cese administrativo *es en el cargo u horas de clase en las que se inasistiere* (el destacado me pertenece). Y en este punto tal norma es expresión particularizada de las garantías de estabilidad en el empleo y de proporcionalidad entre sanción y falta en el marco de las relaciones laborales de empleo público.

8. En el caso, la administración persistió en su decisión inicial, no resolvió el recurso jerárquico que hubiera permitido considerar el funda-

do dictamen del Dr. Fernando Lema, Director General de Asuntos Jurídicos de la Procuración General del 10/5/2001, emitida en el trámite de ese recurso, dictamen que limitaba el cese al cargo en la Escuela nº 14 del Distrito Escolar nº 21. No obstante, por vía del silencio burocrático se mantuvo la sanción administrativa —el cese en todos los cargos del agente— en contra de lo indicado por el dec. 2299/98. Y con el agravante de que la administración apela a argumentos vinculados a la peligrosidad del agente y hace mérito de omisiones irrelevantes.

9. Del Dictamen del Director General de Asuntos Jurídicos de la Procuración General, la sentencia contiene apenas una referencia sesgada en el capítulo de los "Antecedentes", pero no su valoración. En ese dictamen está señalado el exceso de la sanción aplicada por la resol. 107/99, indicando que "las irregularidades comprobadas nacen en el ámbito de un sólo establecimiento educacional, y no dentro de un análisis integral de la actividad docente. Por el contrario, en autos surgen constancias que discrepan con tal valoración [refiriéndose a la efectuada en el dictamen del Director de Sumarios de la Procuración General, del 28/10/1998 que aconsejó la sanción que luego quedó plasmada en la resol. 107/99]". Y agrega que "la sanción que hubo de imponerse debió ceñirse estrictamente a los cuatro cargos comprobados y no en el marco de una inconducta general docente no sostenida con las constancias del expediente. Por ello la medida expulsiva parecería excesiva, con lo que se concuerda con el recurso jerárquico impetrado, en cuanto a la falta de razonabilidad de la misma".

10. La decisión judicial cuestionada sostiene la legitimidad de la resol. 107/99 pese a que como ha quedado indicado en el apartado anterior contaba con elementos probatorios en sentido contrario. Dicho de otro modo, la Cámara, aunque no estaba vinculada al dictamen del Director General de Asuntos Jurídicos de la Procuración General, por razones de prolijidad y fundabilidad mínima en la construcción de la sentencia debió atender las graves deficiencias destacadas en ese dictamen, y si no lo compartía debió dar razones para rebatirlo.

11. En síntesis, la resol. 107/99 dictada por el Secretario de Gobierno es nula de nulidad absoluta e insanable (conf. art. 14, LPA) por violación de la ley aplicable y falta de causa. Como ya fue explicitado en los apartados anteriores el acto administrativo infringe el dec. 2299/98, que modificó el Anexo I del dec. 611/86, reglamentario del Estatuto del Docente por ir más allá de lo dispuesto en éste; asimismo, la resol. 107/99 colisiona con normas constitucionales ya que viola la estabilidad en el empleo público (conf. arts. 43, CCBA y 14 bis, C.N.) al imponer una sanción totalmente desproporcional, arbitraria, fuera del marco legal vigente y "no sostenida por las constancias del sumario".

12. Por las razones expuestas, voto por revocar la decisión impugnada y devolver la causa a la sala que sigue en orden de turno para que, con arreglo al criterio aquí establecido dicte nueva sentencia y trate, asimismo, la cuestión que la Cámara considerara como incidental —reclamo por daños y perjuicios— conforme considerando 2 de la sentencia interlocutoria del 16/11/2004. Costas a la demandada.

Por ello, por mayoría, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* la queja planteada por el Sr. Luis Ángel Giuliano a fs. 17/19 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita junto con el principal al tribunal de origen.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CÁMARA, JOSÉ EDUARDO, C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"'

RECURSO DE QUEJA. Desistimiento. Fecha de incorporación a la planta permanente del Teatro Colón como violinista de segunda fila. Caso constitucional.

Expte. nº 4799/06 - 16/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. José Eduardo Cámara planteó una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que se regularice

su situación laboral disponiendo su incorporación en la planta permanente del Teatro Colón en la categoría y función correspondiente como violinista de segunda fila. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda e impuso las costas a la vencida (fs. 456/473, autos principales).

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 479/488, autos principales). La Sala de la Cámara de Apelaciones por mayoría confirmó la decisión apelada, con argumentos sustancialmente coincidentes con los de primera instancia (fs. 504/512, autos principales).

3. Contra esa sentencia, el GCBA planteó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 516/527, autos principales), que al ser denegado por la Sala II (fs. 544/545, autos principales), motivó la presentación en queja que tramita en este expediente (fs. 93/109).

El Fiscal General Adjunto propició que se admita parcialmente la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad y se revoque la sentencia recurrida (fs. 118/121 vta.).

La señora jueza de trámite convocó a una audiencia (fs. 123), en la que las partes acordaron: "suspender los plazos del proceso hasta el día 12/12/2006, término en el cual la demandada dictará el acto administrativo pertinente que resolverá favorablemente la situación planteada por el actor. La Procuración General comunicará al actor la decisión administrativa y acompañará en el expediente copia del acto administrativo dictado. Con la conformidad del actor, el Tribunal resolverá lo que corresponda. Las costas del proceso serán soportadas por el Gobierno de la Ciudad" (fs. 126).

La Procuración General presentó ante el Tribunal (fs. 133) copia de la disposición nº 656/DGRH/2006, del 15/12/2006, por la que se incorporó al actor a la planta permanente del Teatro Colón desde el 28/4/2005 (fs. 131/132).

Corrido traslado a la actora, prestó conformidad al acto en general pero objetó que la incorporación fuera retroactiva al 28/4/2005, fecha de la sentencia de segunda instancia, pues la resolución favorable "de la situación planteada por el actor" establecida en el acuerdo al que arribaron en la audiencia conlleva que lo sea al 1/4/2003, tal como lo establece el dec. 491/03 y se requirió en la demanda (fs. 136 y vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La reseña del caso, en particular de lo actuado ante el Tribunal, pone de manifiesto que la Procuración General ha perdido interés en el recurso de queja que oportunamente planteara. En efecto, al acordar con

el Sr. José Eduardo Cámara que la Administración resolvería favorablemente la situación por él planteada (fs. 126) ha abandonado los agravios que expusiera en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja.

El cumplimiento, sin reservas, de lo decidido en la sentencia primera instancia (confirmada por la Cámara de Apelaciones) que se expresa en la disposición nº 656/DGRH/2006 torna inoficioso cualquier pronunciamiento del Tribunal respecto de aquellos recursos.

2. La "condición" que expresa la actora al prestar conformidad al acto administrativo es, en verdad, un cuestionamiento a la fecha a partir de la cual se otorga efectos a la incorporación del actor a la planta permanente.

Sea que le asista razón a su parte en cuanto a que en la demanda y en sus presentaciones posteriores requirió que la incorporación fuera dispuesta con los alcances del dec. 491/03, es decir, a partir del 1/4/2003; o, por el contrario, a la demandada en cuanto resolvió hacerlo con efectos al 28/4/2005, fecha de la sentencia de Cámara; el planteo no involucra ninguna cuestión constitucional que el Tribunal deba decidir.

La diferencia que el actor expone entre lo dispuesto por el acto administrativo y la sentencia de primera instancia (en cuanto a la fecha de su incorporación a la planta permanente) podrá ser planteada ante el juez competente para la ejecución de la sentencia, que ha quedado firme.

3. Por lo expuesto, voto por tener por desistido el recurso de queja planteado por el GCBA a fs. 93/109.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con mi colega Dra. Alicia E. C. Ruiz, que el acto acompañado a fs. 131/132 supone el desistimiento del recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 93/109.

Toda vez que el GCBA fue el único recurrente ante esta instancia, no cabe adentrarse al estudio de la presentación de fs. 136/136 vta., que podrá ser ponderada por el juez de mérito.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Compartimos los argumentos expuestos por nuestros colegas, la Dra. Alicia E. Ruiz y el Dr. Luis F. Lozano, y adherimos a la solución que propician en sus votos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Acompaño el voto de la señora jueza de trámite, la Dra. Alicia Ruiz, con los fundamentos expuestos también por el señor juez Luis Lozano: el allanamiento al derecho reclamado por la parte actora, expresado tanto en

la audiencia documentada a fs 123, como en el escrito en que se acompañó copia de la disposición administrativa (fs. 133), significa tanto que no queda agravio constitucional alguno a resolver por el Tribunal, como un desistimiento del único recurso interpuesto, que corresponde al GCBA; la sentencia, así, ha devenido firme y será la interpretación de su dispositivo el que rija la ejecución posterior, si algo queda por ejecutar

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* por desistido el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 93/109.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente, se devuelva el principal con la queja, a sus efectos.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'DÍAZ, CRISTIAN OSVALDO S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Resolución que declaró inadmisible el recurso de revisión contra una sentencia de condena. Sentencia definitiva. Tenencia de arma de fuego de uso civil sin autorización legal. Acuerdo de juicio abreviado. Prescindencia de debate. Reglamentación de la ley nacional 25.886 con posterioridad a la sentencia de condena. Hecho nuevo. Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Caso constitucional. Principio de razonabilidad. Interpretación *pro homine*. Absolución.

Expte. nº 4991 - 17/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. De los antecedentes aportados por el recurrente, el Defensor Oficial, se desprende que frente a la imputación por tenencia de arma de fuego de uso civil sin autorización legal (art. 189 bis, 2, párrafo 1º, C.P.), el imputado, Cristian Osvaldo Díaz, asesorado por el defensor hoy recurrente, aceptó ser condenado en juicio abreviado —sin debate— a la pena propuesta por el señor Fiscal (fs. 1/vta.). Así, con fecha 7/9/2005, Díaz fue condenado como autor del delito de tenencia de arma de fuego de uso civil sin autorización legal (art. 189 bis, 2, párrafo 1º, C.P.) a la pena de 8 meses de prisión, sin costas, y a la pena única de un año y cinco meses de prisión, comprensiva de la mencionada y de las que le habían sido impuestas con anterioridad en otras causas (fs. 2/15). Por lo demás, la sentencia ordenó el decomiso del arma y de los cartuchos secuestrados (fs. 14 vta.).

La sentencia dictada por el juez de primera instancia fue aceptada —por tanto no recurrida— por el defensor, por el imputado y por el fiscal, conforme al acuerdo que entre los tres establecieron (fs. 1/vta.) y al fundamento que la propia sentencia contiene para autorizar la condena sin debate.

2. Tiempo después de que la sentencia de condena quedara firme, la disposición del Registro Nacional de Armas (RENAR) 50/06, de fecha 22/2/2006, pretende cumplir con el art. 4º de la ley 25.886 (pub. en el *B.O.* del 5/5/2004), que en lo que aquí interesa disponía: "El Poder Ejecutivo nacional dispondrá, a partir de la promulgación de la presente ley, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado, por el término de SEIS (6) meses. [...] El primer párrafo del punto 2 del art. 189 bis entrará en vigencia a partir del plazo establecido en el presente artículo".

El dictado de esta disposición del RENAR fue comprendido por el defensor como el acaecimiento de un nuevo hecho posterior a la condena (conf. arts. 479, inc. 4º, CPPN; y 55, LPC) a partir del cual debe contarse el plazo de vacancia de la ley. Por esa razón, la defensa presentó ante la Cámara un recurso de revisión contra la sentencia firme de primera instancia argumentando que la conducta por la que fue condenado su defendido era, en verdad, atípica, ya que a la época en que acaeció el hecho imputado (15/12/2004), la prohibición no había entrado en vigencia, por falta de cumplimiento de parte del Poder Ejecutivo nacional de la condición establecida en el art. 4º de la ley 25.886.

3. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas declaró inadmisible el recurso de revisión (fs. 19/22) porque entendió que el motivo introducido por el defensor no podía subsumirse

en ninguna de las situaciones enunciadas taxativamente en el apartado final del inc. 4º del art. 479, CPPN, ni en ningún otro inciso de esa norma. Contra dicho pronunciamiento la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/29), también declarado inadmisible por la Cámara (fs. 31/32) sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, el tribunal entendió que el planteo de la defensa era una mera discrepancia interpretativa del defensor con el criterio adoptado por ella respecto de las causales de viabilidad recursiva previstas en el art. 479, CPPN. En segundo lugar, la Cámara negó que se tratara de una sentencia definitiva, "ya que tal como lo estipula el art. 489 del CPPN, el rechazo de un recurso de revisión no obsta el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos distintos..." (fs. 31 vta.). Ante la declaración de inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad por parte de la Cámara, la defensa se presentó en queja ante este Tribunal (fs. 33/41).

4. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propone el rechazo de la queja por considerar que la defensa no articuló caso constitucional alguno que habilite la competencia de este Tribunal (fs. 46/47).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En primer lugar, corresponde puntualizar que la queja triunfa, no sólo porque cumple con los requisitos formales de tiempo, lugar y forma, sino porque, a la vez, posee una crítica razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que logra desvirtuar la inadmisibilidad declarada por la Cámara.

En efecto, por un lado, y tal como lo señala la defensa a fs. 35/vta., se trata de una sentencia definitiva, en tanto niega la vía de la revisión. Más allá de que el recurso de revisión puede ser interpuesto aun después de la muerte del imputado, lo cierto es que los motivos que se aduce para su apertura no podrán ser planteados nuevamente (*rebus sic stantibus*). El hecho de que el recurso de revisión no tenga plazo de interposición está lejos de significar que un rechazo no cierre la vía.

Por otra parte, el defensor ha tornado plausible que una interpretación rigurosa de la ley procesal —en este caso del art. 479, CPPN, en tanto motivos del recurso de revisión— podría afectar derechos constitucionales: para el caso, el rechazo de la revisión contra la sentencia de condena, recurso que, en principio, alega la irrupción de un nuevo hecho, mediante el cual podría resultar claro que la acción punible para la sentencia se cometió en el período de vacancia de la prohibición penal.

2. Sin embargo, obsta a la concesión del recurso de revisión el hecho de que a la condena se llegó —y ella quedó, en principio, firme— con la aquiescencia expresa del imputado y del defensor recurrente. Ellos consintieron la aplicación de la pena de 8 meses de prisión por el hecho punible investigado, sin necesidad de un debate público, y no recurrieron la sentencia de primera instancia. Ahora bien, ello, en verdad, no alcanza quizás todavía a resultar un óbice absoluto para una posterior revisión de la condena que, eventualmente, sería posible. No obstante, no lo es precisamente en este caso. En efecto, decisivo es aquí que el imputado y su defensor, en lugar de acordar la condena con la fiscalía, pudieron haber esgrimido ya en ese entonces —incluso en debate público— el argumento que en definitiva hoy pretenden introducir, por vía de la revisión, de la mano de la disposición del RENAR invocada: la falta de reglamentación de la ley 25.886, cuya consecuencia sería la falta de entrada en vigencia de la prohibición penal (período de vacancia). En lugar de hacerlo, prefirieron soportar una condena con prescindencia del debate, prescindencia que el señor juez consideró adecuada, según se lee en la propia sentencia condenatoria acompañada con el recurso.

Para decirlo con otras palabras: el hecho de que ahora exista una disposición del RENAR, de fecha 22/2/2006, que pretende cumplir con el art. 4º de la ley 25.886 (*B.O.* del 5/5/2004) no constituye un verdadero hecho nuevo en el sentido de la revisión, porque el argumento principal que se halla detrás de la presentación de la defensa pudo haber sido introducido, sin más, al momento en que tuvieron lugar la imputación y el acuerdo.

Con ello, se resuelve también, junto con el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el fondo de la cuestión planteada (art. 31, 2º párrafo, ley 402).

3. Por lo demás, resulta necesario aclarar que lo único que pone en discusión el recurso de revisión es la condena por el hecho punible tratado en esta causa, no así, en cambio, la unificación de sentencia, consentida por imputado y defensor. Por ello, aun cuando esa condena pudiera ser revocada, no debería proceder en absoluto la modificación de la pena única impuesta. El hecho nuevo alegado por la defensa sólo interesa a la condición que se verifica en esta causa. En este hipotético caso se produciría otro motivo de revisión basado en el hecho nuevo relativo a la absolución de una de las condenas unificadas.

4. Por todo ello, propongo admitir la queja, rechazar el recurso de inconstitucionalidad e imponer al recurrente las costas del recurso de revisión fracasado (art. 489, CPPN).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de un recurso de queja que interpuso la defensa del Sr. Cristian Osvaldo Díaz, contra la sentencia de la Sala II de la Cámara, que desestimó su recurso de inconstitucionalidad. Este último tiene por objeto impugnar la resolución a través de la cual la Cámara rechazó el recurso de revisión intentado por la defensa. El fundamento esgrimido es que la sentencia de la alzada sería violatoria por un lado de los principios constitucionales de "igualdad y razonabilidad (arts. 16 y 28 de la C.N.)" y por el otro del "derecho al recurso y el principio *pro homine*" (fs. 26 vta. y 27).

De fs. 34 a 40 vta. del recuso de queja, la defensa desarrolla los agravios que planteó al interponer el recurso de inconstitucionalidad, cita los fundamentos utilizados por los señores camaristas para desestimarlos y realiza una crítica particularizada de estos últimos.

2. Dos son las cuestiones que el quejoso critica a través de su recurso de hecho. Por un lado controvierte la afirmación de la Cámara según la cual el recurso de inconstitucionalidad "deviene improcedente en virtud de que el nudo gordiano de la cuestión radica en una mera discrepancia interpretativa del señor Defensor con el criterio adoptado por esta Alzada respecto de las causales de viabilidad recursiva previstas en el art. 479, CPPN"; y por el otro defiende el carácter definitivo de la decisión de la Cámara.

Respecto de la inexistencia de una sentencia definitiva postulada por la Cámara para fundar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, acierta la defensa al afirmar que no asiste razón a la Cámara dado que "lo que la ley habilita es a presentar un nuevo recurso de revisión siempre y cuando los elementos que se aporten sean diferentes, pero, en lo que respecta al específico motivo que esta defensa ha planteado en la revisión actualmente en discusión, la resolución que lo rechaza sí es definitiva, pues el recurso no podrá ser presentado por la misma causal" (fs. 35 vta.).

Con relación a la disputa acerca de la interpretación de los motivos del recurso de revisión contenidos en el art. 479 del CPPN, la defensa ha podido demostrar en su recurso de queja que la postura de la Cámara no da cuenta de por qué la postura que sostiene no afecta garantías de rango constitucional, tal como lo dijo la defensa en el recurso de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, la queja es admisible.

3. Corresponde ahora analizar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

De tener razón la postura de la defensa, el dictado de la disposición 50 del Registro Nacional de Armas (RENAR) a fin de reglamentar el art. 4º de la ley 25.886, constituye un hecho nuevo en los términos del art. 479 CPPN, lo que posibilitaría la revisión de la condena impuesta al Sr. Díaz.

El argumento de fondo es que la forma en la que la Cámara limita el recurso, impide la revisión de una condena impuesta en virtud de la comisión de un hecho no punible, circunstancia que se hizo evidente con el dictado de la disposición nº 50.

Dicho en otros términos, la defensa afirma que el dictado de la reglamentación constituye un hecho nuevo en los términos del art. 479 del CPPN dado que hace evidente el momento a partir del cual se debe contar el plazo de seis meses previsto para la regularización de la tenencia de armas de fuego; plazo cuyo vencimiento determina el momento en el que la conducta se torna punible.

4. Por lo tanto, la cuestión a decidir es si la forma en que fue interpretado el art. 4º de la ley 25.886 se torna inconstitucional a partir de la entrada en vigor de la disposición nº 50, por ser violatoria de los criterios constitucionales de igualdad, razonabilidad y *pro homine*.

5. El art. 4º de la ley 25.886 establece —en lo que aquí interesa— que "el Poder Ejecutivo nacional dispondrá, a partir de la promulgación de la presente ley, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado, por el término de SEIS (6) meses... El primer párrafo del punto 2 del art. 189 bis [en el que se fundó la sentencia ahora en cuestión] entrará en vigencia a partir del plazo establecido en el presente artículo".

A su vez el art. 4º de la disposición del RENAR 50 (publicada en el *B.O.* del 4/4/2006) prescribe que: "dentro del término de *seis* (6) meses, los titulares del material así registrado, deberán alcanzar la condición de Legítimo Usuario de Armas de Fuego en la categoría correspondiente".

6. Surge de la redacción de la disposición administrativa que su propósito es establecer un procedimiento acorde a lo prescripto por la ley nacional, que permita —en el plazo de seis meses—, regularizar la portación de armas de fuego. Obviamente, durante la vigencia de ese período de seis meses, y a fin de cumplir con el objetivo de la ley, la tenencia simple de armas de fuego de uso civil no es punible (de lo contrario la norma sería ineficaz).

El caso constitucional que plantea la defensa del Sr. Díaz es determinar a la luz de los principios de razonabilidad y *pro homine*, si su derecho al trato igualitario se encuentra vulnerado. Dicho en otros términos, ¿es posible presuponer la voluntad persecutoria estatal durante el intervalo de

tiempo que va desde la sanción de la ley nacional hasta la sanción de la disposición administrativa?

7. Entiendo que la respuesta es negativa. En primer lugar porque las razones por las que el Poder Ejecutivo demoró en disponer "las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado, por el término de SEIS (6) meses" (conf. art. 4º, ley 25.886), de forma tal que la prohibición comenzara a regir, no son atribuibles al condenado.

Tal como ya lo sostuve, en virtud de "los principios que deben regir toda interpretación en materia de garantías, en especial el *pro homine*... es necesario recordar aquí que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —consecuencia obligada del principio de legalidad material— les impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo... La ineficacia de la acción punitiva estatal por impericia o falta de celeridad de los agentes estatales encargados de instrumentarla no puede ser utilizada en contra del procesado" (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrera, Juan s/art. 189, bis C.P. —apelación—'", expte. nº 4750, resolución del 24/10/2006).

8. En segundo lugar porque sancionada la disposición nº 50, se tornó evidente que si seguimos la tesitura de la Cámara, esa disposición es ineficaz dado que el plazo de 6 meses —contados desde la sanción de la ley— ya estaba cumplido. Y ello más allá de que la Cámara siguiera la interpretación consagrada del art. 4º de la ley 25.886, ya que la circunstancia de que existiera una lectura consagrada de esa norma legal, no puede ser esgrimida frente a la afectación del principio de razonabilidad.

9. Voto en consecuencia por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, y en cumplimiento de lo prescripto en el segundo párrafo del art. 31, ley 402, hacer lugar al recurso de revisión y absolver al Sr. Díaz en virtud de haberse producido un hecho nuevo que hizo evidente que a la fecha de su comisión el hecho no era punible.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La presentación directa, aunque interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no puede prosperar, por cuanto, en mi opinión, no presenta fundamentos suficientes de orden constitucional que habiliten su tratamiento en esta instancia de excepción.

Primeramente, considero necesario señalar que la crítica del auto que realizó el recurrente contiene un aserto que, sin perjuicio de resultar inhábil a los fines de demostrar la presencia del caso constitucional que forzosamente debe plantearse para acceder a este estrado, merece una respuesta precisa de mi parte. Es simple, en el *examen preliminar* de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad que la queja defiende, la Cámara sostuvo de manera absolutamente tangencial y secundaria que el pronunciamiento que rechaza un recurso de revisión no reviste "carácter definitivo", pues su improcedencia "no obsta el derecho [del condenado] de presentar nuevos pedidos fundados en elementos distintos" (fs. 31 vta, *in fine*). Si bien pareciera que este motivo no ha sido determinante para denegar su recurso —desestimado, en verdad, por no plantear una controversia constitucional (fs. 31)—, el defensor acierta al exponer que aún cuando efectivamente puede deducir una *nueva revisión* (art. 489, CPPN), la revisión que ya fue rechazada por inadmisible, no puede discutirse, sobre la base de esos fundamentos, en otra oportunidad útil más allá del recurso de inconstitucionalidad incoado. En tal sentido, este Tribunal ya se ha expedido en otras causas en las cuales el *a quo* había desestimado total o parcialmente recursos de revisión (art. 479, CPPN) y, en cuanto aquí interesa, ha conferido implícitamente "carácter definitivo" a dichas decisiones a los efectos del recurso de inconstitucionalidad local ("Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gómez, Elías Martín s/art. 39, CC —apelación'", expte. nº 4085, resolución del 30/11/2005; "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio s/ley 255 (Junín 1787)'", expte. nº 4087, resolución del 19/12/2005), y de forma expresa a los efectos de determinar la admisibilidad del recurso extraordinario federal (expte. nº 4085 [antes citado], resolución del 1/3/2006; expte. nº 4087 [ya citado], resolución del 22/3/2006). En consecuencia, asiste razón al defensor oficial en cuanto al carácter que envuelve a la sentencia inicialmente impugnada, pero, aún así, la controversia sometida a consideración del Tribunal —como lo anticipara— no se involucra de manera directa con la afectación concreta y relevante de los principios, derechos y garantías mencionadas en el escrito *sub examine*.

Ahora bien, una vez superado este primer escollo, sólo resta expresar los motivos que provocan el rechazo de esta queja:

a) La invocación de los principios de *razonabilidad* y de interpretación *pro homine*, tal como han sido presentados en el recurso, sólo dejan traslucir una simple discrepancia con la interpretación efectuada por la

Cámara sobre los supuestos en los cuales procede la acción de revisión (art. 479, CPPN), pero no demuestra la inconsistencia del razonamiento expuesto por ésta. En efecto, el tribunal de alzada entendió que el planteo del defensor excedía las posibilidades del recurso de revisión, básicamente porque las circunstancias descriptas por la defensa para argumentar su pretensión no se traducían en ninguna de las consecuencias previstas *taxativamente* por la norma adjetiva, esto es, en pocas palabras, no importaba la inexistencia del hecho, ni la falta de participación del condenado en él, ni su conducta encuadraba en una ley penal más favorable (art. 479.4, CPPN). Sintéticamente la defensa pretendía que la Cámara revisara una sentencia condenatoria firme porque el delito de "tenencia de arma de fuego de uso civil" previsto en el art. 189 bis (2), primer párrafo, C.P. (ley 25.886), según una nueva y particular interpretación de la cuestión, por cierto muy distinta de la que lo llevó a aconsejarle a su asistido a consentir y firmar el acuerdo de juicio abreviado, no se encontraba vigente al momento del hecho, toda vez que la autoridad administrativa de contralor en materia de armas (RENAR) no había dado cumplimiento a la manda legal de facilitar un "registro sencillo y gratuito" (art. 4º, ley 25.886).

Más allá de que pueda o no compartirse la interpretación restrictiva de los supuestos de hecho que genéricamente tornarían viable aquella revisión, o inclusive si las circunstancias reseñadas por el recurrente podían constituir "nuevos hechos o elementos de prueba" (art. 479.4, CPPN), lo cierto es que la fundamentación propuesta en esta queja, lejos de revelar algún absurdo o irracionalidad en la decisión impugnada, remite a una mera discrepancia con la inteligencia de las normas aplicadas al caso, sin demostrar concretamente ninguna lesión de los principios constitucionales mencionados. Ahora bien, y por si esto no fuera suficiente para desestimar su presentación, bastaría con señalar que la defensa ha guardado silencio sobre los motivos por los cuales la interpretación aquí propuesta no pudo ser esgrimida con anterioridad a la aparición de la disposición nº 50/06 RENAR que autorizó el "registro sencillo y gratuito"; o dicho de otro modo, por qué razón la defensa creyó que un tipo penal estaba vigente cuando, en realidad, a su criterio, su vigencia dependía de ciertas "medidas pertinentes" que aún no se habían tomado. De cualquier forma, a mayor abundamiento, pareciera que la vigencia de ese delito quedó subordinada al vencimiento de un "plazo" puntual y no al cumplimiento de la "condición" de que el Poder Ejecutivo facilitara tal trámite, lo cual, al margen de resultar razonable, se desprendería, con absoluta nitidez, de los términos de esa norma (art. 4º, ley 25.886). En consecuencia, la posible demora en la implementación de aquellas facilidades no es materia de juzgamiento en el caso, pero, incluso si lo fuera, para que tal demora tu-

viera alguna relevancia, el condenado al menos debió demostrar sus intentos por regularizar el arma que tenía ilegítimamente (para lo cual, obvio es decirlo, debía cumplir con la totalidad de las condiciones personales, legales y reglamentarias propias de este tipo de permisos, pues sencillez o gratuidad no importan prescindencia) y fundamentar que no logró concretar su registro, ni su "entrega voluntaria" a la autoridad de contralor, por la ausencia de aquella disposición del RENAR, extremos, todos ellos, extraños al planteo presentado.

b) La vinculación directa e inmediata entre esta causa y el *principio de igualdad* no aparece adecuadamente explicada en la queja, pues no basta el convencimiento del defensor de que si se mantiene la condena del imputado se lesionaría tal principio, por cuanto "respecto de otras personas se discute actualmente si pueden ser sobreseídas o absueltas" (fs. 39). En verdad tales circunstancias hipotéticas no han sido mínimamente acreditadas en autos y una muestra de ello es que todas las sentencias de primera instancia citadas por el defensor (fs. 38 vta./39), como indicativas de la supuesta situación de desigualdad, han sido revocadas por la Cámara (causa nº 13145-01/CC/06, caratulada "Incidente de sobreseimiento en autos Eusebio, Héctor Dardo s/inf. art. 189 bis C.P." de la Sala III, resolución del 11/8/2006; causa nº 2727-00/CC/06 caratulada "Quispe Tirico, Leonardo Leodán s/inf. art. 189 bis C.P." de la Sala II, resolución del 9/8/2006; causa nº 1792-00/CC/06, caratulada "Aldao, Mauricio Ángel s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación" de la Sala II, resolución del 19/7/2006; y causa nº 25084-01/CC/06, caratulada "Incidente de apelación en autos: 'Zolorzano, Rubén Darío s/inf. art. 189 bis C.P.'" de la Sala III, resolución del 8/2/2007). Cualquiera que sea la posición que adopte finalmente este Tribunal si ellas llegasen a nuestro conocimiento, se advierte que, de momento, el pretendido agravio constitucional alegado no es cierto y mucho menos actual.

c) La vinculación del *derecho al recurso* con la causa en estudio, en la cual se ha declarado inadmisible un pedido de revisión de una condena hoy firme, es sólo aparente y no puede constituir caso constitucional alguno. Es simple, en autos, no se verifica la supuesta afectación, porque, tal como este asunto ha sido planteado por el quejoso, a dicho derecho lo relaciona con la exigencia de una *doble conformidad* con la sentencia condenatoria, para lo cual fue suficiente con haber tenido la oportunidad real de alcanzarla —en el caso, esta condena no fue recurrida probablemente por resolverse mediante un juicio abreviado—, empero, aquella exigencia, no puede ser extendida sin más a todos los pronunciamientos jurisdiccionales que se dictan, afirmación que resulta indudable, cuando, como

sucede aquí, se desestima un remedio extraordinario —de revisión— con argumentos suficientes para sustentar su improcedencia (ver en este sentido, *mutatis mutandi*, "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio s/ley 255 (Junín 1787)'", expte. nº 4087, resolución del 19/12/2005). Huelga recordar que la competencia restringida del Tribunal Superior no funciona como parece pretenderlo el defensor técnico, y sus aspiraciones recursivas no pueden verse satisfechas en esta instancia, a menos que, claro está, se denuncien verdaderas cuestiones de naturaleza constitucional; lo que en autos, por cuanto llevo dicho, no ha ocurrido.

2. Por el conjunto de razones que dejo expuestas, propongo *rechazar* la queja deducida e *intimar* la integración del depósito de ley.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la doctora Ana María Conde en cuanto sostiene que la presente queja debe ser rechazada, pues con sólidos fundamentos ha expuesto que el recurso de inconstitucionalidad que se pretende sostener ante este estrado no ha logrado articular un verdadero caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. Se advierte que, más allá de su acierto o error, la decisión de la Alzada resulta ser una interpretación fundada y razonada de las normas infra-constitucionales aplicables al caso. Por su parte, tal como lo pone de resalto mi colega, los argumentos esgrimidos por la defensa no logran demostrar la inconsistencia del razonamiento efectuado por el *a quo* sino que se limitan a exponer su discrepancia con una interpretación específica de una norma procesal, a fin de que este Tribunal se expida respecto de la que, a su criterio, resulta la correcta interpretación de la letra del art. 479, CPPN y, en particular, sobre la viabilidad del recurso de revisión interpuesto a través del análisis del supuesto de hecho que describe; aspectos cuya valoración corresponde con exclusividad a los jueces de mérito y que, en estos términos, no podrían ser analizados por este Tribunal sin violentar los límites de su competencia extraordinaria constitucionalmente determinada.

3. En cuanto al depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, considero que, al declararse la improcedencia de la queja y dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos, corresponde intimarlo para que cumpla con la integración del mismo. En homenaje a la brevedad, me remito a los desarrollos que efectuara al votar en las causas: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A.

—causa nº 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.); "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. nº 2266, sentencia del 16/7/2003 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.) y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005.

Por ello, entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo oportuno la queja no puede tener acogida favorable.

2. El recurso de inconstitucionalidad de fs. 23/29 se interpuso contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que declaró inadmisible el recurso de revisión interpuesto por el defensor oficial en los términos del art. 479, inc. 4º, del CPPN, por medio del cual se cuestionaba la sentencia de fecha 7/9/2005 que condenó al Sr. Díaz a la pena 8 meses de prisión, sin costas, y a la pena única de un año y cinco meses de prisión, comprensiva de la mencionada y de las que le habían sido impuestas con anterioridad en otras causas (fs. 2/15), por el delito de tenencia de armas de uso civil (art. 189 bis, inc. 2º, párrafo primero del C.P.). La Cámara fundó su decisión en que las causales que dan lugar al recurso de revisión son taxativas y la invocada por el defensor no configuraba ninguno de los supuestos previstos en la norma. Construyó dicho razonamiento advirtiendo que consentir la invocación de un supuesto extraño a los taxativamente previstos en el art. 479 del CPPN —no tachado de inconstitucional— implicaría soslayar el principio de la cosa juzgada.

3. El recurso de inconstitucionalidad constituye una competencia del TSJ que emana directamente de la CCBA que lo crea y que atiende a "todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución". Visiblemente inspirada en el orden normativo federal, la ley 402 limitó la revisión a "la sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa"

(conf. art. 27). Como principio, son definitivas aquellas sentencias que dirimen la controversia poniendo fin al pleito por los méritos de la causa (conf. Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo: *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 199 y 200, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

A esta clase de decisiones, la CSJN suma las que impiden la continuación del pleito, y, consecuentemente, la emisión de la sentencia definitiva, lo cual, a su turno, significa una frustración inexorable del derecho federal invocado (ver, por ejemplo, *Fallos,* 42:274; 180:21 y 186:531). Con base también en el impacto que tienen en la sentencia definitiva les ha equiparado aquellas que, emitidas con anterioridad, provocan un perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior (*Fallos,* 182:283; 191:104) y aquellas otras que, posteriores a la definitiva, importan un apartamiento palmario de ella, esto es, la desvirtúan (*Fallos,* 190:139; 240:275, entre muchos otros). Finalmente, algunos derechos de los que el recurso extraordinario federal sirve para restablecer aparecen como sólo susceptibles de tutela en oportunidades distintas a la definitiva (*Fallos,* 248:232 y 322:2826, entre otros).

El Tribunal ha tomado como fuente doctrinaria esta construcción, la cual, por cierto, tiende a armonizar los recaudos introducidos por la ley 402 con la vocación amplia del art. 113, inc. 3º de la CCBA —por ejemplo, *in re* "Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal'", expte. nº 3137/04, resolución del 22/12/2004; "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en Clínica Fleming s/art. 72 CC, apelación", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001; y "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)'", expte. nº 4087/05, resolución del 19/12/2005; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gómez, Elías Martín s/art. 39, CC —apelación'", expte. nº 4085, resolución del 30/11/2005.

4. En este orden de ideas, la equiparación a definitiva de una sentencia que no lo es constituye un remedio al que sólo debe recurrirse en aquellos casos en los que una aplicación literal del art. 27 de la ley 402 frustraría el ejercicio útil de la competencia encomendada en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA —conocer por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución—. Esta interpretación no solamente es la que pone al art. 27 comentado en armonía

con el texto de la constitución (conf. doctrina de *Fallos,* 314:1445; 321:730) sino que es la que responde a la fuente doctrinaria en la que visiblemente ha abrevado el legislador local, lo cual permite entender que es la que responde a su voluntad.

5. Aplicado a nuestro caso, la sentencia definitiva en este pleito no es aquella que declaró inadmisible el recurso de revisión interpuesto, impugnada por el recurso de inconstitucionalidad denegado, sino la que dispuso de la controversia con una condena, dictada previamente con fecha 7/9/2005 (ver fs. 2/15). Así, la decisión impugnada ahora no es la que pone fin al pleito por los méritos de la causa, ya sea que se caracterice a la pretensión que nos ocupa como recurso, tal como lo hace la ley procesal, o como acción. En sentido concordante, puede verse, por ejemplo, el reciente pronunciamiento de la CSJN *in re* "Chonev, Kiril Iordanov Krstev c/Siderca SAIyC. y otro s/proceso de ejecución", sentencia del 14/11/2006, en el que, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, la CSJN consideró que, a los efectos del recurso extraordinario federal, no era definitiva, sino tan sólo *asimilable* a tal, una resolución que hizo lugar a una excepción de cosa juzgada, impidiendo que la acción intentada siguiera su curso —ver punto IV del referido dictamen—. Ello por aplicación de la idea según la cual una resolución constituye una "sentencia definitiva" no porque quede firme o cierre la posibilidad de proponer nuevamente la cuestión, sino, centralmente, por haber analizado los méritos de la pretensión resistida y dispuesto de ella. A su turno, esta conclusión se condice con la terminología utilizada por el propio CPPN, que reserva el giro "sentencia definitiva" para aquellos casos en los que la Cámara, además de admitir el recurso de revisión y anular la condena, la reemplaza de modo directo (conf. art. 485), distinguiéndolo de aquellos otros en los que la cámara anula la condena y remite a un nuevo juicio (conf. 485), o, como en autos, declara que el recurso no es admisible "sin pronunciarse sobre el fondo" (conf. art. 444, aplicable al recurso de revisión por la remisión de los arts. 483 y 465).

En cuanto a si la resolución impugnada es equiparable a definitiva, en primer lugar, debe destacarse que no constituye un apartamiento de aquella decisión. Por el contrario, la mantiene incólume. En segundo lugar, el recurrente tampoco invoca un derecho de aquellos que suscitan la intervención de este Tribunal y cuya tutela sólo sea posible en esta ocasión. En efecto, el recurso de inconstitucionalidad denegado —más allá de la mención de ciertas garantías, exclusivamente dirigidas a criticar la omisión de tratar el recurso de revisión sobre la base de razones formales—, en definitiva, está dirigido a obtener la tutela del principio de legalidad material, invocado por la vía del recurso del art. 479 del CPPN. En

ese orden de ideas, y asumiendo por hipótesis (la más favorable al actor) que la invocación de dicho principio en el caso involucra una cuestión constitucional, lo cierto es que su tutela, lejos de ser posible sólo en esta ocasión, pudo haber tenido lugar mediante la utilización de las vías recursivas hábiles para impugnar la sentencia condenatoria —apelación ordinaria ante la cámara *a quo* y subsiguiente apelación extraordinaria ante este tribunal—. Nótese que el recurrente no alega que en virtud del dictado de la disposición RENAR 50/06, el tipo penal en virtud del cual fue condenado perdió vigencia con carácter retroactivo al momento de la comisión del hecho, ni que dicha disposición constituye una ley posterior más benigna. Lisa y llanamente, alega que al momento de la comisión del hecho, la norma en virtud de la cual fue condenado no estaba vigente. Así, el recurso de revisión no es más que un intento de replantear una cuestión que el recurrente pudo introducir dentro del universo de las que debían ser resueltas por la sentencia definitiva emitida el día 7/9/2005, habiendo podido suscitar posteriormente, si hubiera reunido los demás recaudos, la competencia de este tribunal en el marco de un recurso de inconstitucionalidad.

En tales condiciones, la oportunidad de obtener la tutela del principio de legalidad por parte de este tribunal, en el caso, no se ve frustrada por el texto del art. 27 de la ley 402, sino por la conducta procesal del recurrente. Por tanto, se impone la respuesta negativa a la pregunta acerca del carácter definitivo, o su equiparación a tal, de la decisión apelada.

6. En este orden de ideas, la cuestión de autos no es equivalente a la ventilada en anteriores precedentes en los que este tribunal se entendió con competencia para revisar una resolución del *a quo* que había rechazado un recurso de revisión —causas "Gómez, Elías Martín" y "Martínez, Alfredo Luis", citadas en el punto 3 *in fine* de este voto—. Ello así, toda vez que, por una parte, en esos precedentes el *a quo* había admitido el recurso de revisión y, por ende, se había expedido en cuanto al mérito del recurso, analizando si circunstancias sobrevivientes a la sentencia de condena ameritan modificarla. Por la otra, no concurría en esos precedentes la circunstancia comentada en el punto anterior —existencia de una efectiva posibilidad pretérita de haber sometido a la competencia de este tribunal las cuestiones (constitucionales por hipótesis) cuya revisión solicita ahora el recurrente—, determinante en la solución de este voto. En aquellos supuestos, el recurrente intentaba obtener la modificación de su condena sobre la base de una ley posterior que consideraba más benigna. En otras palabras, en esos precedentes, de no haberse equiparado a definitiva la sentencia recurrida, la resolución de la cuestión constitucional adoptada por el *a quo* habría devenido inmodificable, constituyendo en irrepara-

ble el gravamen, a raíz del modo en que el legislador diseñó el procedimiento de apelación ante este tribunal. Tal es lo que, conforme fue expuesto, no tolera el art. 113, inc. 3º, CCBA.

En autos, en cambio, el diseño procesal adoptado por el legislador permitió al recurrente presentar al tribunal las cuestiones que ahora pretende que sean revisadas, en oportunidad de recurrir la sentencia de condena. En tales condiciones, la irreparabilidad del gravamen es fruto de la conducta del recurrente, por lo que no es procedente la equiparación de la resolución a definitiva.

En otras palabras, si la inadmisibilidad de la revisión pretendida se funda en el desconocimiento de un derecho que quien recurre por la vía del art. 113, inc. 3º, CCBA no pudo traer en una oportunidad anterior, la resolución debe ser equiparada a definitiva por las razones apuntadas más arriba. Si, por ejemplo, fuera arbitraria la interpretación sobre cuya base la ley posterior a la sentencia definitiva no fuera considerada como más benigna que la aplicada para fundar la condena, esto daría ocasión al recurso, toda vez que ello no podría haber sido planteado con antelación. Pero si se replantea una cuestión que pudo formar parte de las que debían ser tratadas en la sentencia definitiva, y no lo fue porque no fue propuesta, la circunstancia de que el recurso de revisión no sea tratado o admitido no es suficiente para tener por definitiva la resolución y suscitar la competencia de este tribunal. Ello no varía por la circunstancia de que la resolución impugnada sea arbitraria.

7. Por otra parte, conforme exponen mis colegas, la Dra. Ana María Conde y el Dr. José Osvaldo Casás, el recurso de inconstitucionalidad denegado por el *a quo* tampoco presenta un caso constitucional hábil para suscitar la competencia de este tribunal, razón adicional para rechazar la queja interpuesta.

8. Por la razones apuntadas en mi voto en la causa "Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja.

Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja agregada a fs. 33/41.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

En el mismo sentido se resolvió en la causa nº 4979/06, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Díaz, David Domingo s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación—'", del 23/5/2007.

LXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Medida cautelar. Sentencia definitiva. Acreditación de un agravio de imposible reparación ulterior. Percepción de la renta pública local.

Expte. nº 4981/06 - 17/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las constancias acompañadas con la queja que Telefónica de Argentina S.A. (en adelante: TA) planteó una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante: GCBA) para impugnar la resol. 3105/04 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas del Gobierno local que desestimó el recurso jerárquico que ella plantea contra la resol. 1016/DGR/2004, que denegó las impugnaciones formuladas por la empresa a la intimación que le cursó el GCBA para que ratificase o rectificase los datos referidos a las antenas instaladas en jurisdicción de la Ciudad. Ante la recepción de una boleta para el pago de la cuota 2 de 2005 del canon para antenas con estructura portante, por la suma de $ 345.000,

TA solicitó una medida cautelar para que el GCBA se abstenga de realizar acciones tendientes a la percepción del gravamen por uso y ocupación del suelo, espacio aéreo y subsuelo, objeto de la demanda.

El juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada (fs. 1 y vta.).

2. TA apeló la sentencia. La Sala II de la Cámara de Apelaciones, previo dictamen de la Fiscalía de Cámara (fs. 2/5) en sentido adverso a la pretensión recursiva, hizo lugar al recurso, revocó la decisión de primera instancia y concedió la medida cautelar solicitada por la actora bajo una caución real equivalente a la totalidad de la suma reclamada en la boleta de deuda (fs. 6/7 vta.).

3. La Procuración General planteó recurso de aclaratoria y ordinario de apelación contra lo decidido por la alzada (fs. 9/10). La apelación no fue concedida pues "la resolución recurrida (...) al tratar sobre una medida cautelar, que no pone fin al litigio ni impide su continuación, no constituye sentencia definitiva" (fs. 34 y vta.).

El GCBA también dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara reseñada en el punto 2 (fs. 11/33 vta.), que le fue denegado por no dirigirse contra una sentencia equiparable a definitiva ni plantearse un caso constitucional (fs. 36/38).

Ante esa decisión, la Procuración General presentó el recurso de hecho agregado a fs. 41/55 vta. Al dictaminar, el Señor Fiscal General Adjunto propuso al Tribunal el rechazo de la queja (fs. 61/63).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable.

2. El recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara y la queja que lo sostiene ante este estrado se dirigen contra una decisión de carácter cautelar dictada en el curso del proceso.

La circunstancia apuntada determina la improcedencia formal del recurso, por ausencia de un presupuesto esencial para su admisibilidad, ya que ha sido interpuesto contra una decisión que no constituye una sentencia definitiva y no se ha demostrado que corresponda equipararla a tal, toda vez que no se acredita que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— genere en cabeza del apelante un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (TSJ *in re*: "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima

Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002 (en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. IV, pp. 261 y ss.); "Covimet SA c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido, expte. nº 2570/03 y su acumulado "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. nº 2461/03, resolución del 17/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4614/06, resolución del 9/8/2006).

En el caso, no basta para habilitar la queja por recurso denegado la genérica invocación de la postergación en el tiempo de la percepción de créditos fiscales —más aún cuando las obligaciones tributarias se encuentran controvertidas sobre la base de planteos que, al menos ante la Cámara, resultaron aptos para acreditar la apariencia de buen derecho en cabeza de la actora— (véase mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4272/05 y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4550/06, resolución del 5/7/2006).

Por las razones antecedentes, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE *y* JULIO B. J. MAIER *dijeron:*

Adherimos al voto de nuestra colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ *dijo:*

1. Coincido con el señor juez de trámite en que la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad cumple con los requisitos de tiempo y forma, pero que no puede prosperar.

2. En efecto, el pronunciamiento de la Cámara atacado mediante el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motivara la presente queja, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. Tal decisorio revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la medida cautelar solicitada por Telefónica de Argentina S.A. en el marco de una acción impugnatoria.

Así, tal como tiene dicho el Tribunal respecto de recursos de inconstitucionalidad y de queja por denegatoria de tales recursos articulados con-

tra decisorios que versan sobre medidas cautelares, "[e]s regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva* (bastardilla en el original), excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza" (*in re*: "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* "Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001). Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión que no es 'definitiva' la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso". (Del voto de la Dra. Ana M. Conde y del Dr. José O. Casás al que adhiriera con excepción del último párrafo del apartado 4 en el expte. nº 2570/03 "Covimet SA c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y expediente nº 2641/03 "Covimet SA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Covimet SA c/GCBA s/medida cautelar'").

En autos, la demandada no pudo demostrar que la decisión atacada le provoque un gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior que permitiera equiparar tal decisorio a una sentencia definitiva. Pese a sus intentos, el GCBA no logra acreditar que la medida concedida afecte la renta pública local, como lo afirma.

Finalmente, cabe destacar que las circunstancias del presente caso son sustancialmente análogas a las del expte. nº 4272/05 "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" y su acumulado expte. nº 4550/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"; y a las del expte. nº 4614/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'". En dichas causas emití una opinión similar a la que sustento en estas actuaciones.

3. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja presentada por el Gobierno de la Ciudad.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

Por lo demás, cabe señalar que el recurrente no acreditó que el perjuicio por él invocado, percepción del la renta pública, comprometa la política económica de la Ciudad al extremo que corresponda equipar a la resolución de fs. 6/7 vta. a definitiva, máxime cuando en el *sub lite* la parte actora brinda un servicio público —telecomunicación—, cuya correcta prestación también importa a toda la comunidad.

Por ello, de conformidad con el dictamen del Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 41/55 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita la queja para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXVI

"ANCONETANI, GUSTAVO HORACIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y de prueba. Caducidad de licencia de taxi.

Expte. nº 4977/06 - 23/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Gustavo Horacio Anconetani dedujo acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad y la Dirección General de Educación Vial y

Licencias, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2º y 3º de la ley 787 modificatoria de los arts. 15 bis y 41 bis de la ordenanza 41.815, por considerar que "la citada normativa al disponer la sanción de caducidad de licencia e inhabilitación por cinco años constituye un exceso de punición denotado por la desproporcionalidad existente entre la infracción y la sanción establecida" (fs. 1/15). Sostuvo que con fecha 12/11/2004 la empresa concesionaria SACTA le comunicó la infracción constatada en la vía pública con fecha 11/11/2004, por advertir la presencia de un conductor no titular no habilitado conduciendo el vehículo afectado y que la DGEV le informó que se habían promovido actuaciones administrativas en las que se investiga la comisión de posibles incumplimientos al régimen de taxis. Manifestó que al plantear su descargo explicó que el chofer no titular no habilitado que conducía el vehículo no era un tercero desconocido sino que era su padre, quien había sido titular de la Licencia en cuestión desde el año 1991 hasta el 23/4/2004 fecha en que le transfiere la licencia y le vende el vehículo, y que trabajó ejerciendo la actividad de taxista con ese vehículo y esa licencia hasta el mes de abril de 2004; que esa fue la única oportunidad en que llevó a cabo tal conducta movilizado por una necesidad económica. Adujo que si bien no justifica el obrar de su padre, considera que la aplicación de la pena de caducidad de licencia resulta desproporcionada a la infracción cometida atento a las especiales circunstancias de autos, y que vulnera el derecho de trabajar, ejercer toda industria lícita, el derecho de propiedad y la garantía de razonabilidad y seguridad.

2. La jueza de primera instancia desestimó la acción de amparo interpuesta (fs. 151/153), por considerar que no se han acreditado circunstancias que permitan entender que el obrar de la Administración Pública en el presente caso resulte arbitrario o ilegítimo, máxime teniendo en cuenta que sólo se limitó a proceder de acuerdo a lo establecido por las normas que regulan el servicio público de automóviles de alquiler con taxímetro. Además sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad intentada se refiere a un extremo que no ha sido acreditado en autos (aplicación de la sanción de caducidad de la licencia del servicio de taxi).

3. Esta decisión fue apelada por el actor (fs.157/163 vta.). A fs. 174 el Tribunal dispuso como medida para mejor proveer, requerir al GCBA que informe qué resolución se adoptó en el expediente administrativo. La demandada acompañó copia de la resolución 1426/05 del Secretario de Infraestructura y Planeamiento por la que se dispuso la caducidad de la licencia otorgada al Sr. Gustavo Anconentani. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar a los agravios del Sr. Anconetani y revocó la sentencia apelada (fs. 187/191).

4. Frente a dicha decisión, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 195/204 vta.), que fue concedido parcialmente por la Cámara (fs. 212).

5. El Fiscal General en su dictamen, postula el rechazo del recurso (fs.226/228).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue deducido en tiempo y forma. Sin embargo fue mal concedido por la Cámara.

2. El recurrente no logra exponer fundadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402. La simple mención de disposiciones constitucionales sin vincularlas argumentalmente con el objeto de la decisión cuestionada, no constituye la fundamentación que un recurso de esta naturaleza exige.

En su recurso, el GCBA no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, más allá de alegar que "la decisión de la Sala II es contraria a principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto se ha expedido favoreciendo la continuidad de un permiso —licencia de taxi— a quien ha incumplido con la normativa que regula la actividad para la que estaba habilitado" (fs. 197 vta.). Es decir, el caso constitucional se encuentra sólo vagamente mencionado, pero no está expuesto ni desarrollado.

Dicha invocación no es luego relacionada con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso constitucional en tanto se sostiene, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal a quo, sin llegar a demostrar en qué forma la aplicación de la resolución cuestionada afectaría las garantías constitucionales referidas directamente al caso.

Cabe recordar, al respecto, que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000).

3. Por otra parte, este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o

aplicación de normas de la Constitución federal o de la Ciudad Autónoma; supuestos que no se verifican en este caso, en el que el debate se limita a la interpretación de normas infraconstitucionales, como lo son la ley 787, y la resol. 1426/05 de la Secretaría de Infraestructura y Planeamiento del GCBA. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

4. La insuficiencia señalada no puede ser sorteada por medio de la invocación de arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que, como bien señala el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, el planteo referido a la supuesta arbitrariedad fue rechazado por la Cámara, y el GCBA no lo defendió ni sostuvo, por lo que no corresponde que me expida en esta etapa.

5. En consecuencia, al no plantear en forma correcta un caso constitucional, los agravios del Gobierno se circunscriben a debatir cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenos, por regla, a la vía recursiva intentada.

En efecto, este Tribunal ya ha dicho que "cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales" [TSJ, *in re:* "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Falbo de Martínez, Palmira c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 1923/02 sentencia del 19/2/2003].

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Me adhiero a la solución que propone la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad del GCBA por las razones que expone en los puntos 1 y 2 de su voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la señora jueza de trámite, la Dra. Ana María Conde. Aún en el entendimiento de que la sentencia recurrida involucró el tratamiento de una cuestión constitucional —toda vez que declaró la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815, por considerar irrazonable su aplicación en este caso particular— el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no desarrolla, con entidad suficiente, los agravios dirigidos a criticar el tratamiento que dio el *a quo* a dicha cuestión. En efecto, el recurso dedica profusas citas de jurisprudencia y alegatos tendientes a endilgar la tacha de arbitrariedad a la sentencia del a quo por el hecho de no haber aplicado una norma vigente —aun

cuando ello respondió a que fue declarada inconstitucional—, pero no cumple con la carga de fundar de modo suficiente los agravios tendientes desarrollar la cuestión constitucional involucrada —la irrazonabilidad del art. 41 bis de la ordenanza 41.815—, más allá de las escuetas menciones que realiza respecto de la seguridad en el tránsito y el orden público.

En cuanto a la improcedencia de la vía del amparo en el caso, el recurrente no muestra de qué modo el trámite de la cuestión mediante dicha vía redundó en una privación o limitación del desarrollo de sus defensas o que tuvieran incidencia o hayan repercutido de forma adversa en el contenido del fallo emitido. En tales condiciones, la discrepancia no tendría, en esta etapa del análisis, más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. Mientras ésta sea la única consecuencia invocada, esto es, mientras no se busque demostrar que la sentencia que dirime definitivamente el pleito ha quedado afectada decisivamente por el procedimiento adoptado, el planteo no tiene por objeto la sentencia definitiva más que en apariencia, lo que resulta fácil de advertir tan pronto se concibe la posibilidad de desarrollarlo y resolverlo en una oportunidad cercana a la traba de la litis —Conf. doctrina de *Fallos,* 95:133; y 134; 99:158; 104:284; 105:183; 115:11; 177:99, y considerando 3.2. de mi voto *in re* expte. nº 4603/05, "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación—'", resolución de fecha 19/7/2006.

En tales condiciones, el recurso de inconstitucionalidad no puede ser admitido.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a la solución propiciada por la señora jueza de trámite, Ana María Conde, en su voto.

De la lectura del recurso, se advierte que, más allá de la invocación de los arts. 14, 14 bis, 17 y 28 de la C.N. y arts. 10 y 43 de la CCBA, la parte no logra desarrollar agravios de naturaleza constitucional que guarden relación directa con lo resuelto. Ello así, pues no se advierte una crítica concreta y razonada en relación al argumento brindado por los jueces de la causa que han determinado que, en virtud de las particulares circunstancias de hecho probadas en la causa, la aplicación automática de la sanción de caducidad de la licencia de taxi prevista en la ley 787 devenía contraria a los principios constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad, dado que no tenía en cuenta el fin perseguido por el legislador al establecerla.

Por ello, entiendo que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por no haber logrado rebatir los argumentos brindados por el *a quo* para sustentar su pronunciamiento, convirtiendo la apelación excepcional en infundada y no apta para habilitar este estrado.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite y, en cuanto a la procedencia de la vía del amparo, al emitido por el señor juez Luis Lozano.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Cámara.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXVII

"GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad formal. Art. 4º, ley 2145 (texto según ley 2243). Plazo de caducidad para interponer la acción de amparo. Norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Intervención de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Expte. nº 5296/07 - 23/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Andrés Gil Domínguez promueve demanda de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145 (texto según de ley 2243), que consagró un plazo de caducidad para la interposición de la acción de amparo, por "vulnerar dicho enunciado normativo de alcance general el art. 43 de la Constitución argentina, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 15/16 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. El art. 4º de la ley 2145 (según texto de la ley 2243) en cuanto establece un plazo para la interposición de la acción de amparo, es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad y, como tal, puede ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17 LPTSJ.

3. La disposición es atacada por razones de índole Constitucional local (art. 14, CCBA) y nacional (art. 43, C.N.) y de derecho internacional de los derechos humanos (arts. 25 y 7º, CADH), como lo exige el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ. En efecto, el actor sostiene que el plazo de caducidad de 45 días (según ley 2243) para interponer la demanda de amparo establecido en ley cuestionada, afecta injustificadamente el contenido del derecho humano y fundamental al amparo reconocido por las disposiciones constitucionales mencionadas y por las reglas del derecho internacional de los derechos humanos que menciona en su escrito. En los fundamentos de su demanda expone, con argumentos de variada índole (teóricos, jurisprudenciales, debate de la convención constituyente local, etcétera), los fundamentos de su pretensión y los vincula con la regla atacada y los principios constitucionales invocados.

El actor sostiene que la reglamentación de un plazo de caducidad no puede encontrar ningún fundamento razonable, toda vez que "[l]o que realmente importa para analizar la procedencia del amparo, es verificar si al momento de su interposición, existe o no una amenaza o lesión constitucional de un derecho fundamental, un derecho humano o una garantía

institucional, y si a la vez, se cumplen los requisitos formales y sustanciales de su núcleo esencial" (fs. 14/14 vta.). Además, en líneas generales, el presentante concluye: que el amparo tiene contenido constitucional protegido que impide que se lo restrinja mediante un plazo de caducidad; que de pronunciamientos de la CSJN —como "Yapura" (Y. 112. XL., sentencia del 6/6/2006) y "Mosqueda" (M. 1503. XLI, sentencia del 7/11/2006)— puede educirse que, en su actual integración, dicho tribunal entiende inconstitucional el establecimiento de un plazo de caducidad en el amparo; que en este sentido también se ha manifestado la CIDH al desarrollar los alcances del art. 25 de la CADH en el caso "Trabajadores del Estado vs. Perú", sentencia del 24/11/2006; que el "estatuyente" local entendió que la acción de amparo no podía ser limitada mediante un plazo de caducidad; que en la exposición de motivos, el legislador local no ha justificado la imposición del plazo; y que el plazo dispuesto para la acción de amparo local "[...] vulnera claramente el mandato federal que —como presupuesto mínimo— establece la ley 25.675" (fs. 15 vta./16).

La demanda, entonces, da cumplimiento también a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la reiterada jurisprudencia de este estrado (conf. este Tribunal *in re*: "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA] Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56 y ss., entre otros).

Además, en el "Objeto" —punto I— y en el "Petitorio" —punto IV.2— del escrito inicial (fs. 5 y 16/16 vta., respectivamente), se requiere el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y ordene el reenvió legislativo correspondiente.

4. Dadas las características de las cuestiones en juego, considero pertinente citar, atento la competencia que tiene atribuida, a la Defensoría del Pueblo (conf. art. 21, ley 402 y art. 13, ley 3 —texto según ley 1177—). La visión que ese órgano puede aportar al proceso —distinta de las de las partes— permite asumir que su participación enriquecerá el debate ampliando las perspectivas de análisis, con una visión que, con arreglo a la CCBA, sólo a dicho órgano le compete.

5. Por las razones expuestas, propongo: *a)* declarar admisible la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Andrés Gil Domínguez, y *b)* correr el traslado de ley al señor Jefe de Gobierno, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402 y *c)* citar a la Defensoría del Pueblo, también, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Coincido con el criterio del señor juez de trámite en punto a la admisibilidad de esta acción. En efecto, se impugna una ley —alcance general— por razones constitucionales de carácter local, nacional y hasta de Derecho internacional (derechos humanos). Asimismo, se explica aceptablemente la razón por la que se considera el plazo de interposición de la demanda como una lesión constitucional y se solicita la anulación de ese plazo, con lo cual están cumplidos todos los requisitos para un procedimiento de examen de (in)constitucionalidad de una norma, examen de carácter abstracto (ley local 402, arts. 17 y ss.).

2. No coincido, en cambio, con establecer un deber de intervención que recaiga sobre la Defensoría del Pueblo. Establecer ese deber no es competencia del Tribunal.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La acción de inconstitucionalidad deducida es formalmente admisible, por las razones expresadas por el señor juez de trámite Dr. Lozano en los apartados 1 a 3 —inclusive— de su voto, a los que adhiero.

En efecto, la presente demanda logra subsanar los defectos que presentó la anterior acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por el accionante, con similar objeto procesal, en autos "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (expte. nº 5155/07), la que fue declarada inadmisible por este Tribunal mediante resolución de fecha 28/3/2007, atento el insuficiente desarrollo de la argumentación constitucional (conf. mi voto conjunto con la Dra. Ruiz).

En esta causa el actor logró explicar, más allá de su acierto o desacierto —que será evaluado al dictar la sentencia definitiva—, por qué considera que la reglamentación del amparo local, en lo referente al establecimiento de un plazo de caducidad, contraviene el contenido esencial del amparo previsto en los arts. 14 CCBA, 43 C.N. y 25 CADH y desnaturaliza la función de dicha garantía prevista por los constituyentes.

2. Sin embargo, discrepo con el Dr. Lozano en cuanto a la citación de la Defensoría del Pueblo en los términos del art. 21 de la ley 402.

No encuentro motivos que justifiquen dicha citación, máxime teniendo en cuenta que —como he dicho en otras oportunidades— la legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para interponer acciones declarativas de inconstitucionalidad, consagrada en el art. 18, inc. 3º de la ley 402, no la habilita ni podría habilitarla —desde la óptica constitucional— para cuestionar ley es (ver mis votos en "Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado de la Ciudad de

Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 18/99, resolución del 16/9/1999; "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo e inconstitucionalidad", expte. nº 168/99, resolución del 29/12/1999; y "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 575/00, resolución del 12/12/2000, dictada con posterioridad de la entrada en vigencia de la ley de procedimiento ante este Tribunal).

3. Por todo lo expuesto, voto para que se declare admisible la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Andrés Gil Domínguez.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, en tanto propicia declarar formalmente admisible la acción de control concentrado de constitucionalidad interpuesta por el doctor Andrés Gil Domínguez.

En efecto, la actual presentación a estudio permite tener por configurados los presupuestos formales que condicionan la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA. En particular, el claro desarrollo argumental propuesto en esta oportunidad por el accionante ha logrado vincular los derechos y garantías invocados con la norma que se reputa inconstitucional (art. 4º, ley 2145), más allá de lo que se resuelva en definitiva en la sentencia con la cual se clausure este proceso. De este modo, se ha dado cumplimiento a las exigencias establecidas en el art. 19 de la ley 402 y en la constante jurisprudencia de este Tribunal sobre el punto.

2. Desde mi punto de vista, la citación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad en los términos del art. 21 de la ley 402 no resulta pertinente en el presente expediente, en tanto la legitimación a ella reconocida para entablar acciones de inconstitucionalidad no le permite objetar ley es (véase mi voto en la causa "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte: nº 575/00, resolución del 12/12/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 434 y ss.). A la luz de lo dispuesto en el art. 137 de la CCBA, la Defensoría del Pueblo local se encuentra habilitada para presentar proyectos de ley que bien pueden estar dirigidos a expurgar del plexo de derecho positivo las ley es que se estime inconvenientes y, más evidentemente, aquellas otras pasibles de vicios de jerarquía constitucional —curso de acción que no ha sido transitado por el órgano institucional de referencia en el caso de la ley que ahora nos ocupa.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar formalmente admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por el doctor Andrés Gil Domínguez.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. El art. 4º de la ley 2145 (según texto de la ley 2243, publicada en el *BOCBA* nº 2614 del 29/1/2007) en cuanto establece un plazo para la interposición de la acción de amparo, es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad; en consecuencia, puede ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17 LPTSJ.

3. Sin embargo, la presentación del accionante exhibe una poco desarrollada argumentación constitucional, insuficiente para admitir la acción intentada. Los fundamentos que sustentan el planteo no aparecen expuestos en la forma que lo requiere el art. 19, inc. 2, de la LPTSJ y la jurisprudencia del Tribunal.

En efecto, desde sus primeros pronunciamientos el Tribunal ha señalado "que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, p. 59).

Asimismo el Tribunal ha indicado que para evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados (*in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 20/6/2000).

Si bien el accionante señala de manera concreta la norma impugnada e identifica aquellas otras reglas constitucionales —locales y nacionales— con las cuales entiende que colisiona, no satisface adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados, ni aporta de forma acabada los fundamentos

que motivan su pretensión, tal como lo requiere una acción de este tipo, destinada a dejar sin efecto una norma que proyecta sus efectos sobre la población en general.

4. Por ello, voto por declarar inadmisible la demanda.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar admisible* la acción de inconstitucionalidad planteada por Andrés Gil Domínguez a fs. 5/16 vta. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Correr traslado* de la demanda mediante oficio dirigido al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BENÍTEZ, SERGIO DAVID S/ART. 189 BIS DEL C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Resolución que revoca la suspensión del juicio a prueba. Sentencia equiparable a definitiva. Acreditación de un perjuicio de imposible reparación ulterior. Facultades del Ministerio Público. Exención de pago del depósito cuando el recurso de queja es deducido por el defensor oficial.

Expte. nº 4994/06 - 23/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Sergio David Benítez interpuso recurso de queja (fs. 34/49) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, en copia, obra a fs. 22/28 (fs. 29/32). Este último fue articulado contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que, por mayoría y en razón de un recurso del fiscal, había decidido revocar la resolución del juez de primera instancia que —en lo que aquí interesa— suspendió a prueba el proceso seguido contra el recurrente, por el término de un año (fs. 15/21).

En este punto, la Sala III manifestó, en síntesis, que la oposición del señor Fiscal a la suspensión del juicio a prueba en el caso había sido motivada, su fundamentación no había resultado ser "aparente, ni antojadiza" y, por lo tanto, dicha oposición resultaba "vinculante para el *a quo*" (fs. 18), "máxime cuando en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige el principio acusatorio (art. 13.3, CCBA), según el cual la acción penal es ejercida exclusivamente por el señor Fiscal" (fs. 16).

2. La defensa, en su recurso de inconstitucionalidad, postuló que la decisión atacada era equiparable a una sentencia definitiva "toda vez que constituiría un claro ejemplo de dispendio jurisdiccional el tener que aguardar a la realización de un juicio oral y público para, recién después del mismo, poder acceder al TSJ y, eventualmente, a la C.S.J.N." (fs. 22). A ese argumento agregó que, de continuarse el trámite de la causa, el imputado se vería sometido al riesgo de ser condenado y, además, vería restringida su libertad en tanto estaría obligado a comparecer a la audiencia de debate. Por estos motivos concluyó en que la decisión de la Cámara le generaba un gravamen irreparable o de tardía solución ulterior.

Respecto de los motivos de impugnación, manifestó que la Sala III había tomado una decisión que violentaba "los principios de legalidad, de presunción de inocencia, de proporcionalidad, de igualdad ante la ley y de razonabilidad de los actos de los poderes públicos, como así también las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, en las que se incluye la prohibición de doble persecución" (fs. 22).

Sostuvo que la vigencia de los principios de legalidad y de máxima taxatividad interpretativa, como así también las garantías de debido proceso y de defensa en juicio, impiden interpretar el art. 76 bis del C.P. en el sentido de dar carácter vinculante a la oposición del fiscal respecto de un pedido de suspensión del proceso a prueba. Según su modo de ver, si se tomara tal criterio —como lo hizo la Cámara— se estarían otorgando funciones decisorias al órgano requirente.

También indicó, respecto del control de razonabilidad de la oposición del fiscal efectuado por la Cámara, que no resulta constitucionalmente válido —por oponerse a la presunción de inocencia y a la prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor— valorar las causas en trámite contra su defendido para denegar la aplicación del instituto. Según lo explicó, esta ponderación supone tratar como culpable a un sujeto sobre el cual no recayó sentencia condenatoria firme.

Por otra parte, en torno a los "criterios de política general" tenidos en cuenta por la Cámara, expresó que el legislador —al dictar la ley 25.886 que agravó la pena del delito imputado— no modificó las condiciones para que procediera la suspensión del proceso a prueba respecto de estos hechos. En otras palabras, no aumentó la pena de tal modo que la propia escala penal en abstracto impidiera su aplicación y, a su vez, tampoco modificó el art. 76 bis del C.P. para ese fin. Por ello, concluyó que la Cámara violó el principio de *ne bis in idem* y el de proporcionalidad —conexo aquí con el principio de razonabilidad— al tomar la reforma legislativa como argumento válido para fundar la oposición fiscal. En la misma línea argumental, sostuvo que tampoco era posible convalidar lo actuado por el fiscal de la causa porque la postura sostenida por dicho magistrado no se apoyaba en un criterio general de actuación emitido por la Fiscalía General de la Ciudad, lo que conllevaba una "clara afectación al principio de igualdad ante la ley" (fs. 26).

La defensa refutó también la razonabilidad y logicidad de la oposición del acusador en tanto, a su criterio, éste no habría dado razones para demostrar por qué el hecho enrostrado a su defendido supuso una puesta en peligro superior a la que la norma ya prevé como elemento típico.

3. La mayoría de los integrantes de la Sala III consideraron que las explicaciones dadas por el defensor en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto carecían de fundamento constitucional válido, por lo que la presentación fue declarada inadmisible (fs. 29/32). Contra esa decisión, el defensor del señor Benítez interpuso el recurso de queja de fs. 34/49, mencionado en el punto 1 de estas resultas.

4. El señor Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida, postuló el rechazo del recurso de hecho. Indicó que el remedio no se dirige contra una sentencia equiparable a definitiva. Sostuvo que la suspensión del proceso a prueba no es un derecho del imputado y señaló, asimismo, que en autos no se advierte la presencia de un caso constitucional (fs. 54/56 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja de la defensa no puede prosperar, si bien fue presentado en tiempo oportuno, por escrito y ante el tribunal competente para resolverlo.

2. Tal como lo señala en su dictamen el señor Fiscal General Adjunto (fs. 54/56 vta.), a través de la presente queja se pretende la revisión de una sentencia que no resulta definitiva ni equiparable a tal.

En efecto, la sentencia de la Cámara objetada revoca la suspensión del juicio a prueba adoptada en primera instancia (conf. copia de fs. 15/21). Resulta aplicable, entonces, la constante jurisprudencia del Tribunal que sostiene que, por regla, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. este Tribunal *in re*: "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación'", expte nº 3338/04, sentencia del 1/12/2004, entre muchos otros).

3. Además, los argumentos esgrimidos en el caso por la defensa resultan ineficaces para demostrar que la decisión de la Cámara le provoca algún agravio de imposible o ineficaz reparación posterior.

No se ha alegado la existencia de otra investigación en curso por el mismo hecho que aquí se imputa al señor Benítez, o que éste ya hubiera sido juzgado (como fuera el caso ventilado en el precedente invocado por la defensa, "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 812 y ss.). Tampoco se ha acreditado la vulneración del derecho del justiciable a transitar un proceso que no se extienda más allá de lo razonable. Sólo se ha denunciado como reñido con la Constitución que los jueces de la Sala III convalidaron la pretensión de la fiscalía de continuar ejerciendo la acción penal. En suma, al no acreditarse la existencia de un derecho constitucional en cabeza del recurrente a obtener la suspensión del proceso a prueba, se desprende que, a través del remedio intentado, se intenta evitar la realización de un debate, pero —como ya se indicó— no se acredita la existencia de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior que permita equiparar la resolución impugnada a una *sentencia definitiva*.

4. Con respecto al depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, considero que debe intimarse al recurrente a informar el estado en que se encuentra el beneficio de litigar sin gastos que debió haber iniciado, según lo manifestado a fs. 34 vta.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja obrante a fs. 34/49.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Acompaño la decisión del juez de trámite, Dr. José Osvaldo Casás, en lo referente a no hacer lugar al recurso de queja interpuesto a fs. 34/49 de este legajo. En efecto, el recurso de queja no puede prosperar debido a que el recurso de inconstitucionalidad intentado no se dirige contra una sentencia definitiva. No existe así base para el recurso del art. 27 de la ley 402 en tanto el procedimiento prosigue, de manera tal que eventuales agravios podrán ser planteados contra la sentencia definitiva. Como ya he dicho en anteriores oportunidades, el recurso de inconstitucionalidad está previsto, en principio, para revisar todos los agravios una vez que se obtenga la sentencia definitiva, esto es, para que se pueda ocurrir una única vez ante este Tribunal. Tal recurso no está previsto, en cambio —y aún en caso de yerro en la decisión del tribunal de alzada—, para cuando el procedimiento prosigue en busca de la sentencia definitiva.

2. Frente al rechazo de la queja del recurrente expuesto en el punto anterior, considero pertinente aclarar que, según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, resolución como juez de trámite en el expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3º, inc. a), ley 327), no corresponde intimar al defensor oficial (órgano del ministerio público según la propia CCBA) para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega de trámite, José O. Casás.

2. Sin perjuicio de lo anterior cabe hacer algunas consideraciones con respecto a la posibilidad de revisar el acto del fiscal cuestionado.

Las normas otorgan al imputado de un delito de acción pública el derecho de solicitar la "suspensión del juicio a prueba", suspensión que queda sometida al consentimiento del fiscal a cuya discrecionalidad no pone límites expresos (art. 76 bis, C.P.). Dicha facultad es, además, de naturaleza no jurisdiccional, por lo que no incumbe al juez suplir la vo-

luntad del órgano competente. En este mismo orden de ideas, cabe agregar que la CCBA organiza al Ministerio Publico como un órgano dotado de "autonomía funcional y autarquía" aunque "dentro del Poder Judicial" (art. 124), y a los procesos de la especie del presente bajo el principio acusatorio (CCBA, art. 13.3). Todo ello impide que el juez revise el criterio del fiscal, revisión para la que no cabe buscar apoyo indirecto en suponer un derecho del imputado a obtener la suspensión, porque ni el texto de la ley brinda base a ese parecer, ni resultaría natural interpretarlo así a la luz de principios más generales cuando tanto la C.N. como la CCBA dotan al Ministerio Público de autonomía funcional, reforzada en el caso de la CCBA con la expresa asunción del principio acusatorio, que no sería compatible con la revisión de su margen de discrecionalidad, como dijimos, máxime en el caso que nos ocupa, por los jueces.

Vale señalar, a propósito de la aplicación de las normas locales, que si bien el art. 76 bis del C.P. que sienta el régimen es ley de la Nación, debe ser interpretada en el contexto en el cual la ha sancionado el Congreso. Este no es otro que el de organizaciones judiciales locales que aseguran competencias a jueces y fiscales, con similitudes que posibilitan disponer para el conjunto, como lo hace la ley nacional, pero también con singularidades que no parece que el Congreso haya querido soslayar sino, por el contrario, resguardar; actitud, por lo demás, natural a la luz de la regla contenida en el art. 121 de la C.N.

Lo antedicho no implica que queden los fiscales autorizados a obrar de modo arbitrario, ni los dispensa de la obligación de que sus actos tengan apoyo en adecuados fundamentos, deber que pesa sobre todos los órganos que ejercen el poder público con la sola excepción de la asamblea legislativa que expresa la voluntad general "rusoniana". Pero, ello no supone que el juez de la causa adquiere autoridad para revisar la gestión del acusador público.

Por lo demás, en supuestos extremos, que encuadren en el art. 14 de la ley 21, el fiscal puede ser recusado, y si esa recusación prospera, reemplazado con arreglo a los reglamentos emanados del Consejo de la Magistratura (art. 15 de la ley 21). Una actitud que obedeciera a circunstancias personales del fiscal y que fuera adversa al imputado podría encuadrarse en "enemistad manifiesta".

El control jerárquico, con los matices que la ley 21 y sus modificatorias adoptaron, siempre recaerá, en última instancia, en la cabeza de la institución, el Fiscal General (art. 6º, ley 21). Ese órgano máximo del Ministerio Publico puede emitir instrucciones generales respecto de la aplicación de las competencias vinculadas con la suspensión de juicio a prueba, así como de otros asuntos. Puede también desencadenar el

ejercicio de poderes disciplinarios por parte del Consejo de la Magistratura.

Pero nada de esto implica que la obtención de la suspensión del juicio a prueba esté organizada por el legislador como un derecho del imputado. Su derecho es más limitado. Consiste en poder solicitarla, en poder obtener el consentimiento del fiscal —que en ausencia del texto legislativo no podría acceder al pedido—, en que el fiscal resuelva si consiente apreciando las circunstancias del pedido a la luz de la finalidad del instituto y, en su caso, en requerir el control del superior dentro del Ministerio Público y aun recusar. Pero el instituto no está organizado como un deber del estado de suspender el juicio cuya existencia y alcance quede deferido a un juez, sino como una posibilidad de evitar una carga común de la vida en una sociedad organizada: estar sometido a un proceso. Esa posibilidad, sin embargo, podría ser denegada por quien es el responsable de administrar la acción pública por razones de índole muy diversa, aunque funcionales, no personales; pero, la ley no ha obligado a exponerlas en el juicio. Podría, por ejemplo, basarse en un aumento de determinado índice delictivo o en la carga de trabajo que posea el sistema de justicia. Mas bastará al fiscal no prestarlo sin que deba motivar su negativa, es decir, no estará obligado a expresar las razones de su decisión.

3. En atención a los argumentos expuestos por el Defensor Oficial entiendo que el depósito previsto en el art. 34, ley 402 no es exigible, conforme sostuve en numerosos precedentes, a los que me remito en honor a la brevedad (por ejemplo, ver "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, sentencia del 14/9/2005).

4. Por lo antes expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 34/49.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402. Asimismo, él contiene una descripción de los hechos principales de la causa y critica la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad intentado.

2. Sin embargo, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela

s/infracción art. 68, CC —nulidad— apelación'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas). Por ese motivo, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación'", expte. nº 2212, resolución del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC, apelación'", expte. nº 2197, resolución del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja interpuesta a fs. 34/49.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto de mi distinguido colega y juez de trámite, el doctor José O. Casás, en cuanto pone en evidencia que la queja bajo análisis no se dirige contra una 'sentencia definitiva', o auto equiparable a ella, en los términos del art. 27 de la ley 402. Al conjunto de argumentos que esgrime mi colega para rechazar esta queja, según mi particular punto de vista sobre la cuestión sometida al conocimiento del Tribunal, entiendo que corresponde agregar lo siguiente:

Evidentemente el pronunciamiento impugnado mediante el recurso de inconstitucionalidad denegado, en cuanto dejó sin efecto una suspensión del juicio a prueba (otorgada contra la voluntad del agente fiscal), no ponía fin al proceso ni imposibilitaba su continuación según los cauces normales propios de cualquier juicio penal. Frente a ese escenario, y a fin de que este Tribunal resolviera *excepcionalmente* equiparar tal resolución a definitiva (anticipando una intervención prevista, por regla, para otro momento), el recurrente debía realizar un esfuerzo adicional para demostrar que ese proceder le provocaba un perjuicio que resultaba, a más de

constitucional, de imposible reparación ulterior. A decir verdad, no encuentro en sus presentaciones ningún esfuerzo argumental en el sentido antes indicado. Por el contrario, sólo encuentro que el esmerado defensor, disconforme con el criterio interpretativo expuesto por la mayoría de la Sala III del tribunal *a quo* (según el cual se confirió "carácter vinculante" al dictamen del fiscal fundado en razones de política-criminal que aconsejaban no otorgar el beneficio), propuso, como ordinariamente sucede, una exégesis distinta acerca del instituto de la suspensión del juicio a prueba y una comprensión diferente sobre la entidad de los motivos que podrían, en su opinión, tener relevancia para su rechazo (descartando de plano aquellos que aportó el acusador). Sin embargo, ello no habilita nuestra competencia.

En primer lugar, porque el defensor confunde la función restringida de este estrado y el marco limitado de la vía extraordinaria incoada, en tanto no se trata aquí de presentar un enfoque distinto que resulte más favorable a su prohijado —seguramente, siempre existirá un criterio tal—, sino de exponer fundadamente que la postura adoptada en la causa concreta resulta absurda o manifiestamente reñida con alguna norma de rango constitucional, o con la propia ley aplicable. En autos, el recurrente falló en esta última tarea, puesto que sólo expresó su desacuerdo con la manera en que los jueces de mérito entendieron el instituto legal que, por cierto, no aparece —ni remotamente— desvirtuado por vía hermenéutica. El pronunciamiento dictado en cuanto a la inconveniencia de otorgar una suspensión del juicio a prueba en autos, lejos de ser injustificado o resultar constitucionalmente inaceptable, tiene sustento en los razonables fundamentos expuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal (y entre ellos: que no era acertado que un imputado cumpliera reglas de conducta dentro del establecimiento carcelario donde se encuentra privado de su libertad preventivamente, por un delito agravado "por el uso de armas" que *prima facie* habría perpetrado a días de obtener la libertad por el que aquí se le enrostrara), fundamentos que, en realidad, si bien no han sido acompañados por los jueces que formaron la mayoría, fueron considerados por ellos como un obstáculo serio, razonado y suficiente para no conceder el "beneficio" solicitado.

En segundo lugar, porque, aun si se compartiera la interpretación que desarrolla el recurrente, lo concreto es que la consecuencia que proyecta el pronunciamiento impugnado, como lo ha reconocido el propio interesado, no es otra que "la continuación del proceso" y la realización de un "juicio oral y público" (fs. 38 vta.), lo cual, aunque pueda parecerle "innecesario", no sólo no resultaría irrazonable, sino que, por otra parte,

constituye la regla. Parece realmente difícil sostener que el gravamen constitucional (e irreparable) esté dado en el caso por "la incertidumbre que ello genera al imputado" o por "las restricciones de los derechos constitucionales que un proceso penal genera por su sola apertura y subsistencia" (fs. 38 vta.), por cuanto, incluso si se hubiera suspendido el proceso a prueba, idéntica incertidumbre o restricción hubiera pesado sobre el encartado, al menos, hasta el efectivo cumplimiento del período de prueba. Más audaz resulta que se pretenda demostrar que el perjuicio se verifica porque el imputado debe someterse a las citaciones del tribunal de primera instancia "con la evidente restricción a la libertad que ello implica", toda vez que, dicha restricción, no es otra que aquella a la cual se encuentra sometido todo individuo, imputado o testigo, por vivir en sociedad. Ello quita toda base a este recurso, porque, lejos de revelarse un gravamen cierto, actual y concreto, esta interesante discusión, propia de la academia, sólo nos remite a una simple discrepancia hermenéutica acerca de un modo anormal de terminación del proceso, el cual, naturalmente, no es más que la excepción a la citada regla. En mi opinión, no existe aquí ninguna afectación de los principios y derechos mencionados en su presentación, básicamente, porque ningún precepto constitucional le garantiza al imputado "un derecho" a la suspensión del proceso a prueba, sino —tan sólo— a la celebración del "juicio previo fundado en ley" (arts. 17 y 18 C.N., y 13 CCBA). En efecto, la eventualidad de que legalmente se haya previsto la posibilidad de prescindir de la realización del juicio, en ciertos supuestos y/o bajo ciertas condiciones, no pone en cabeza del imputado por un delito, un derecho a que ello suceda efectivamente; y la determinación de si corresponde o no que esto ocurra, al involucrarse, de ordinario, con cuestiones de hecho, prueba e interpretación del derecho infraconstitucional (sustantivo o adjetivo), resulta privativa de los jueces de mérito y extraña, *en principio* —y salvo un absurdo manifiesto que, por cuanto llevo dicho, no se ha demostrado en autos—, a esta instancia de excepción.

A mayor abundamiento, resulta imperioso señalar que, con relación a la pretendida afectación del "principio de igualdad" frente a la ausencia de un criterio general de actuación (porque cada fiscal podría argumentar distintos motivos para no consentir la concesión de ese beneficio), el recurrente no ha explicado y mucho menos demostrado cómo una orden tal resguardaría este principio constitucional. De momento, la ausencia de una orden emanada de la máxima autoridad del MPF no constituye un obstáculo relevante para que los jueces, en la medida en que un fiscal exprese fundamentos suficientes (o incluso, opinables), den virtualidad a

la negativa de otorgar la suspensión del proceso a prueba (art. 76 bis, 4º párrafo, C.P.). Ello así, toda vez que, cabe conjeturar que la actuación del acusador (que, a raíz de su discrecionalidad técnica, decide oponerse a la concesión del beneficio) se encuentra ceñida a los principios de objetividad y razonabilidad —lo que implica que no obedece al capricho o al interés personal de aquél en la continuación absurda de un juicio—, al igual que en aquellas otras situaciones, en las cuales, el fiscal, en razón de su particular criterio, ordena el archivo o resuelve requerir un juicio. En tales supuestos, que no distan manifiestamente del presente en cuanto al grado de independencia en la determinación, el acusador actúa en el marco de potestades legales específicas que no son sustituibles por la voluntad del órgano jurisdiccional, en tanto la manera como debe impulsarse la acción o dejar de hacerlo es una atribución exclusiva del órgano requirente. El control que efectúan los jueces sobre los fundamentos del MPF, no debiera importar tanto como desplazarlo en ese ejercicio. De lo contrario, bastaría con que un magistrado no compartiera tales argumentos, o directamente prescindiera de éstos (aun cuando provinieran de algún criterio general), para desnaturalizar el contenido del instituto y el alcance de su función dentro del proceso penal. Ello no implica, por cierto, sostener que los motivos aducidos por los fiscales siempre serán apropiados, sino tan sólo que, en tanto ellos no conlleven una concreta violación de algún precepto constitucional —v. gr. una discriminación ilegítima e intolerable—, debieran ser respetados.

2. Por lo expuesto, en sintonía con la solución propiciada por el señor juez de trámite, corresponde *rechazar* la queja e *intimar* al recurrente para que informe al Tribunal el estado actual del trámite del beneficio de litigar sin gastos cuya iniciación fue denunciada a fs. 34 vta.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* al recurso de queja agregado a fs. 34/49.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXIX

"MORENO, RODRIGO FÉLIX S/INF. ART. 56, CC —APELACIÓN— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Caso constitucional. Prescripción de la acción contravencional. Cómputo del plazo. Celebración de la audiencia de debate como causal de interrupción. Art. 31 de la ley 10. Cuestión local.

Expte. nº 4993/06 - 23/5/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El día 2/12/2004 se inició una causa contravencional contra Rodrigo Félix Moreno por la presunta comisión de la conducta descripta en el art. 56, segunda parte, de la ley 10 que era el Código Contravencional vigente al momento del hecho (fs. 1/2).

El 6/6/2005 se celebró la audiencia de debate prevista en el art. 46 de la ley 12, en la que el imputado resultó absuelto (fs. 59/62). El fiscal que intervino en el juicio apeló la sentencia (fs. 63/66) y la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas hizo lugar a aquel recurso. En consecuencia, revocó el fallo absolutorio dictado en la instancia anterior y condenó al imputado a la pena de prohibición de concurrencia a espectáculos deportivos organizados por la Asociación de Fútbol Argentino por el plazo de tres (3) meses, al considerarlo autor responsable de la contravención prevista en la segunda parte del art. 56, CC —ley 10— (fs. 86/88 vta.).

2. La defensa de Rodrigo Félix Moreno interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 91/109) contra la condena mencionada en el punto anterior.

El día 18/10/2005 los jueces de la Sala I resolvieron declarar inadmisible el remedio intentado (fs. 121/124), lo que motivó la presentación de un recurso de queja, finalmente rechazado por el Tribunal (fs. 71/86 del expte. nº 4302, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56, CC —apelación—'", cuyas copias acompañan las presentes actuaciones).

Frente a la mencionada decisión, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal, que fue denegado —también por mayoría— el día 6/6/2006 (conf. fs. 94/107 y 114/118 de la queja ya nombrada).

3. El 20/6/2006, la asistencia técnica del imputado interpuso un planteo de prescripción de la acción ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 7. Al contestar la vista conferida, la fiscalía postuló el rechazo del planteo y solicitó la ejecución de la pena oportunamente impuesta. El juez, con fecha 10/7/2006, decidió no hacer lugar a la pretensión de la defensa y, además, ordenó que se ejecutara la sanción (fs. 154/155 vta.).

El defensor apeló aquel decisorio (fs. 156/161 vta.), frente a lo cual la Sala I resolvió confirmar lo resuelto en primera instancia (fs. 172/175). Para fundamentar su sentencia, los jueces de la Sala I sostuvieron que —una vez celebrado el juicio— el plazo de prescripción de la acción contravencional se extiende hasta "el dictado de la sentencia que agota la instancia local", luego de lo cual comienza a correr el término de prescripción de la pena (fs. 173 vta. y, concordantemente, fs. 174). Los camaristas expresaron que dicho criterio coincidía con los argumentos empleados por la mayoría de este Tribunal en autos "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 4066, sentencia del 19/12/2005, donde la mayoría del TSJ estableció posición respecto de la doctrina fijada por la CSJN en la causa C. 459 XXXVIII "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC, causa nº 555-CC/2000 s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —incidente de prescripción—" (fs. 173 vta./174).

4. La defensa cuestionó, a través de un recurso de inconstitucionalidad (fs. 181/189 vta.), la resolución de Cámara resumida en el punto anterior.

En su escrito sostuvo que la decisión que lo agraviaba resultaba equiparable a una sentencia definitiva y que, además, le generaba agravios constitucionales.

Puntualmente, indicó que el fallo atacado afectó los principios de legalidad y de defensa en juicio al considerar como firme una condena respecto de la que aún está pendiente de resolución un "recurso de queja por extraordinario denegado" (fs. 183 vta.). Apuntó, en este sentido, que "la interpretación acogida por la Sala Primera en la sentencia condenatoria [sic] se aparta de la correcta interpretación del art. 31 de la ley 10, sentada en los precedentes aludidos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (fs. 184/vta.) según la cual —a criterio del recurrente— la acción

iniciada contra Moreno se encontraría prescripta por haber transcurrido ya más de un año desde la celebración del juicio.

5. Los miembros de la Sala I, por mayoría, declararon admisible el recurso intentado con respecto a la supuesta afectación de los principios de legalidad y de defensa, por la interpretación dada a las pautas legales y jurisprudenciales referidas a la prescripción de la acción contravencional (fs. 197/201).

6. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 208/vta.), expresó que el recurso había sido bien concedido. Sin embargo, entendió que correspondía rechazar al planteo de prescripción por las razones dadas por el Tribunal en la causa "González", citada en el punto 3.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa del Sr. Moreno fue deducido en tiempo y forma (art. 28, ley 402). Asimismo, considero, con apoyo en el voto de mi colega Julio B. J. Maier —al que adherí— en la causa "Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 3726, sentencia del 30/3/2005, que el escrito presenta una cuestión constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

En consecuencia, el recurso interpuesto por la defensa fue correctamente concedido, por lo que corresponde ingresar directamente al tratamiento del planteo de fondo.

2. En distintos precedentes del Tribunal me expedí respecto al régimen que regula la prescripción de la acción en materia contravencional (conf. "Andretta, Carlos Hugo s/art. 41, CC s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte nº 811/01, resolución del 15/5/2001, "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción", expte. nº 912-1, resolución del 5/12/2001 y "Ministerio Público —Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 3726, sentencia del 30/3/2005, entre otros y, luego de lo lo resuelto por la CSJN *in re* "Recurso de hecho en 'Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC [causa nº 555 CC/2000] s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —incidente de prescripción—" C. 459. XXXVIII, resolución del 8/11/2005, lo que sostuve al

votar en "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 4066, sentencia del 19/12/2005, entre otros).

En aquellas decisiones sostuve, como lo hago en este voto, que la única causal de interrupción de la acción contravencional —según la ley 10— resulta la audiencia de debate prevista en el art. 46 de la ley 12. Asimismo, en esas oportunidades expresé que dicha acción se extiende por el plazo máximo de un año (dos para las contravenciones de tránsito) desde que culmina aquel acto procesal hasta que la sentencia queda firme, sea por haberse agotado los recursos que la ley (local o federal) prevé o por haber transcurrido el plazo para su presentación sin que fueran interpuestos.

3. En lo que aquí interesa, considero que la interpretación que realizó la Cámara para descartar el planteo de la defensa —ver punto 3 de las resultas— se aparta, en perjuicio del imputado, de las disposiciones legales aplicables (arts. 31 y 32 de la ley 10). La sentencia impugnada fija un límite al curso de la prescripción de la acción (el agotamiento de la instancia recursiva local) que no tiene sustento normativo y que, además, extiende más allá de lo razonable el plazo máximo con el que cuenta el Estado para aplicar una sanción contravencional —penal en sentido material—, por lo que la resolución recurrida vulnera el principio de legalidad (arts. 18 y 75, inc. 22, C.N. y 10 y 13.3, CCBA) y el derecho a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable (arts. 8.1 CADH, 75, inc. 22, C.N. y 10, CCBA).

4. Tal como lo señalé, el art. 31 del Código Contravencional —ley 10— establece como plazo de prescripción de la acción, el término genérico de un año. Por lo tanto, dado que la audiencia de juicio culminó el día 6/6/2005 y que la sentencia dictada en autos no se encuentra firme por haber sido recurrida a través de la interposición de un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, declarar prescripta la acción contravencional incoada y sobreseer a Rodrigo Félix Moreno.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

En el recurso de inconstitucionalidad la defensa cuestiona el rechazo de su planteo de prescripción de la acción contravencional, fundado en una interpretación del art. 31 de la ley 10 realizada según los argumentos esgrimidos por la mayoría de este Tribunal en una sentencia anterior, interpretación que a juicio de la defensa vulnera los principios de legalidad

y de defensa en juicio. Denuncia, además, que la sentencia de condena de su defendido está pendiente de revisión ante la CSJN, por vía de queja por recurso extraordinario federal denegado (fs. 181/189 vta.).

Si bien el tribunal competente para decidir sobre la prescripción de la acción es el competente para resolver el caso, esto es, actualmente en esta causa, la CSJN, lo cierto es que ésta, tal como lo ha hecho en casos anteriores, ha suspendido el trámite para resolver la queja pendiente ante ella hasta tanto las instancias locales resuelvan el planteo de prescripción de la acción (fs. 212). Se puede coincidir o no coincidir con este criterio. Para avalar mi posición sólo digo que la instancia local está totalmente agotada, incluso con la decisión del recurso posible ante este Tribunal, con lo cual se agotó también su competencia para decidir el caso. La prescripción de la acción, denunciada o sostenida después de la sentencia definitiva de mérito, incluida la actuación del TSJ local, sólo puede ser tratada por la CSJN si considera que la cuestión es promovible por denuncia o de oficio, y, por tanto, no corresponde que ella decida sobre el agravio del recurso. A tal punto ello es así que, para conocer a ciencia cierta si la sentencia ha quedado ya firme o no ha ingresado en autoridad de cosa juzgada, y la fecha en la cual ello ha sucedido, es menester conocer la suerte de la queja intentada.

Empero, en virtud de aquello que ya fue decidido por la CSJN, incluso en otros casos, no vale la pena insistir aquí con mi planteo y corresponde pronunciarse sobre la extinción de la acción contravencional, planteo efectuado por la defensa.

En este sentido, tal como lo señala la jueza de trámite, a cuyos argumentos me remito por razones de brevedad, resulta claro que ha vencido con holgura el plazo máximo de prescripción y de tramitación de la causa, razón por la cual sólo resta adherir a la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, en su voto precedente.

Por ello, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, declarar prescripta la acción contravencional y, por ello, sobreseer a Rodrigo Félix Moreno.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo oportuno.

2. La defensa oficial se agravia de la interpretación que realizó la Cámara de los plazos de prescripción en materia contravencional fundada en la doctrina sentada por este Tribunal en la causa "González". Sostiene que dicha exégesis desconoce el papel que cumple la CSJN como último guardián de la Constitución, violando el principio de legalidad y el derecho de

defensa, en tanto "...se aparta de la correcta interpretación del art. 31 de la ley 10, sentada en [el precedente 'Caballero' (C. 459. XXXVIII) entre otros] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (fs. 185/185 vta.).

3. Este Tribunal respeta celosamente la autoridad magistral de los fallos de la CSJN. Dicha autoridad magistral es la que llevó a revisar la doctrina de "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC s/queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción", expte nº 912-1/01, resolución del 5/12/2001 y sustituirla por la de "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 4066, sentencia del 19/12/2005.

En cuanto a la interpretación del art. 31 de la ley 10 que el recurrente extrae de los precedentes de la CSJN: "Caballero" (C. 459. XXXVIII), "Ábalos" (M. 785. XXXIX) y "Oniszczuk" (O. 309. XLI), cabe señalar que el art. 14 de la ley 48 establece que una vez radicadas en jurisdicción local las causas fenecen en ella, salvo el supuesto del recurso extraordinario reducido a los tres incisos mencionados en el art. 14 de la mentada ley. En los supuestos contemplados en estos incisos la Corte puede sentar doctrina acerca de la correcta inteligencia de una cláusula de la Constitución Nacional y de la leyes emitidas por el Congreso —con excepción de aquellas sancionadas en el marco del art. 75, inc. 12, de la C.N.—. Puede también, algunos lo consideran el inc. 4º no escrito del art. 14 de la ley 48, descalificar los fundamentos no federales en los que se apoya la decisión de un tribunal local. En ese caso, la decisión de la Corte se limita a descalificar el fundamento no federal, empero, como principio, no puede sustituirlo por otro, puesto que de hacerlo estaría excediendo la competencia que le atribuye la C.N.

A la luz de lo expuesto, y en tanto la prescripción de la acción contravencional es materia de las leyes locales y las circunstancias a las que se aplica, cuestiones de hecho, los jueces locales son quienes tienen la facultad privativa de establecer estas últimas e interpretar las otras, observando el límite que les imponga la Corte Suprema cuando estima que un fundamento no es sostenible sino producto del mero arbitrio del juzgador. Aplicadas las premisas expuestas a nuestro caso el tribunal cimero desechó en el precedente "Caballero" (C. 459. XXXVIII, sentencia del 8/11/2005) lo que entendió una doctrina arbitraria. Empero, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, no la reemplazó por otra ni habría podido hacerlo.

4. Sin perjuicio de lo expuesto, subsiste la posibilidad de que la CSJN piense que también la solución de la causa "González" merece la califica-

ción de arbitraria, pero este Tribunal Superior no puede ni revisar por arbitrarias sus decisiones ni suponer que la Corte lo hará, al menos no por el hecho de que no estime valiosa la solución que, vale la pena señalarlo, es la única, a partir de la eliminación de la calificada en la ya citada causa "Caballero", que conduce a que el sistema contravencional no colapse por el término que la causa pasa en sede federal.

Por cierto, no es esta grave consecuencia la que funda la solución de "González", motivada en cánones hermenéuticos ortodoxos independientes de ella. Pero, constituye sí una razón trascendente para adoptar dicha solución, tendente a evitar que quede frustrada la voluntad del legislador, aun cuando se puedan imaginar alternativas más favorables al procesado apoyadas en cánones menos rigurosos desde el punto de vista lógico.

Por lo expuesto, y conforme lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por: *i)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad y *ii)* confirmar la sentencia de fs. 172/175.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido por el tribunal de alzada, no obstante lo cual él debe ser rechazado en todos sus puntos. En efecto, el pronunciamiento impugnado se fundó, para rechazar la solicitud de prescripción de la acción planteada, en una pauta hermenéutica razonable que no afecta los derechos y principios invocados, sino que sigue el criterio establecido por la mayoría de este Tribunal en varios precedentes (en particular mi voto en autos "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 4066, sentencia del 19/12/2005; luego reiterado y ampliado, en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 3726, sentencia del 13/12/2006 y sentencia del 14/3/2007 [a cuyos fundamentos y conclusiones me remito en homenaje a la brevedad, pues, en ellos, pueden encontrarse respuestas suficientes para los agravios esgrimidos contra la interpretación cuestionada]).

Es claro que, de momento, sostengo todo cuanto expusiera en dichos precedentes, en los cuales, expresamente, revisé mi criterio formulado en un caso anterior, por cuanto había recibido la calificación de "arbitrario" por una ajustada porción de la CSJN (*in re* "Caballero", C.459.XXXVIII, sentencia del 8/11/2005), e incluso llegué a modificarlo y/o clarificarlo, remarcando algunos puntos relevantes para el correcto tratamiento de la cuestión que hoy vuelve a ventilarse ante este estrado. Me permito trans-

cribirlos una vez más en esta ocasión sin otro propósito que facilitar su adecuada comprensión:

> *2.* Conforme lo ha reconocido la CSJN, en innumerables precedentes, todo lo vinculado con el alcance y contenido que cabe asignar a las normas contravencionales es una cuestión de "derecho local", pues no se trata de un tema de "índole federal ni está incluido en la reserva que se estableció sobre la legislación común (art. 75.12, C.N.)" (*Fallos,* 324:1307). Consecuentemente, el TSJ es el intérprete final de la Constitución local y de las "leyes locales", al igual que la CSJN lo es de la Constitución Nacional y de las leyes federales, y mientras su exégesis no se aparte ostensiblemente de la C.N., permanece bajo el resorte exclusivo de sus jueces (*Fallos,* 307:490; 311:2478; 315:2359, entre muchos otros). Por su carácter local, el análisis de la prescripción de la acción contravencional sólo puede centrarse en las previsiones especiales y, por ende, el art. 31 de la ley 10 no puede ser interpretado sino a la luz del art. 32 de la ley 10 y del art. 33 de la ley 402. Esas leyes son aplicables y obligan únicamente a los órganos del Poder Judicial de la Ciudad, ya que, difícilmente, puede pensarse que el legislador porteño quisiera disciplinar la actividad de la CSJN —y dudoso, además, que lo intentara.
>
> Ahora bien, cuando la Cámara Contravencional y de Faltas declara la improcedencia (formal) del recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la sentencia que condena al contraventor —decisión que para el art. 27 de la ley 402 es la *definitiva*—, esa condena queda *ejecutoriada* y ello equivale a considerarla *firme* en los términos del art. 32 de la ley 10. Ello así, por cuanto luego de dictarse el auto denegatorio del recurso extraordinario local, el contraventor no puede realizar ningún planteo impugnatorio que impida la ejecución de la sentencia de mérito, ya que el único recurso local que puede interponer —queja— *no reviste efecto suspensivo.* Esto se desprende, de manera manifiesta, del art. 33 de la ley 402, en virtud del cual "mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, *no se suspende* el curso del proceso salvo que el Tribunal así lo resuelva por decisión expresa" (lo destacado no obra en el texto legal). Ello se debe, por cierto, a la escasa probabilidad de éxito que le atribuye el tribunal *a quo*, y al mayor grado de acierto de tal decisión; máxime, cuando pro-

viene de un órgano colegiado al cual la ley local 7 (e implícitamente la ley nacional 24.588) le acuerda competencia exclusiva para el juzgamiento de los casos contravencionales.

Así las cosas, a partir del dictado del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, deja de contarse el plazo de prescripción de la acción y comienza a correr, allí mismo, y *provisionalmente*, el curso de la prescripción de la pena, ya que ninguna otra diligencia resta por realizar cuando la causa ya ha sido sentenciada por las *(dos)* instancias ordinarias correspondientes al tipo de juicio *especial* que aquí se trata. Eventualmente, en el supuesto de que prosperara la queja, el lapso (entre uno y otro) no es contado a los fines de la prescripción de la pena (art. 32 de la ley 10), sino y en todo caso, de la acción (art. 31 de la ley 10).

[…] En efecto, el art. 31 de la ley 10 regula únicamente el tiempo empleado para dilucidar los hechos contravencionales, disciplinando sólo la actividad de los órganos y autoridades locales. El hecho de que la prescripción de la acción se interrumpa por la realización efectiva de la audiencia de juicio, significa que el conteo del plazo legal de un año se renueva desde su finalización y hasta: *i)* la declaración de inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad por la Cámara, en el supuesto de que el TSJ desestimara formalmente la queja (art. 33 de la ley 402); o, *ii)* el rechazo material del recurso de inconstitucionalidad por el TSJ, en el supuesto en el que se admitiera formalmente la queja (art. 33 de la ley 402, a contrario *sensu*) o en el que la Cámara concediera erróneamente el recurso intentado. En ambos casos, y con esos hitos según correspondiere, al menos en lo que respecta a la órbita de esta jurisdicción, se cierra la posible discusión sobre la validez y vigencia de "la acción", toda vez que finaliza la contingencia de que acontezca un plazo de prescripción de una acción que ya está fenecida para los jueces de la causa —la misma se ejercitó y concluyó en condena en un juicio previo fundado en ley, art. 13.3, CCBA—; y en esos dos supuestos no es conveniente, ni adecuado, continuar debatiendo acerca de un suceso de imposible ocurrencia.

[…] la eventualidad de que aquel fallo pueda ser impugnado mediante el recurso extraordinario federal (ley 48) no nos conduce a despojar de *toda firmeza* a la resolución, por cuanto la tramitación limitada o restringida de esa vía no importa sus-

traer a sus jueces del imperio de hacer efectivas sus *decisiones finales*. De lo contrario, se reconocería un avance ilimitado sobre la autonomía jurisdiccional y sobre la administración de justicia local (art. 129, C.N.), ya que se diferiría la observancia de todos los pronunciamientos, a pesar de haber finalizado los procesos en los tribunales competentes, lo que revelaría la ineficacia de la condena dictada puesto que su inejecución la tornaría innecesaria, no por la falta de diligencia del Estado local en su realización, sino, y antes bien, por la interposición ininterrumpida de recursos. En este sentido, el recurso extraordinario federal no puede ser utilizado indiscriminadamente en muchos casos, como una vía procesal para lograr el incumplimiento sistemático de las sentencias contravencionales; y basta para evidenciar dicha situación, el hecho de que tanto en "Caballero" como luego en "Oniszczuk", simultáneamente a la interposición del remedio extraordinario federal ante el TSJ se presentaba —en primera instancia— la solicitud de prescripción de la acción que provocó la resolución de la CSJN. Entonces, si se autorizara esta estrategia procesal, con ello se modificaría el carácter "excepcionalísimo" del recurso de la ley federal 48, en tanto se lo convertiría en un mecanismo que llevaría inexorablemente a la prescripción de la causa.

En mi opinión, entonces, fenecido el proceso ante los tribunales a los cuales la ley local acuerda competencia para el juzgamiento de los asuntos contravencionales, la futura tramitación que eventualmente pudiera caberle a órganos de revisión limitada y excepcional —v. gr. la CSJN— sobrepasa la finalidad para la cual esta competencia fue asignada en forma exclusiva, por lo cual sólo cabe concluir que, en estas condiciones, deben ejecutoriarse las decisiones locales a efectos de que no queden convertidas en letra muerta. Consecuentemente, no estará "firme" con respecto a los *excepcionales fines* de la ley 48, pero *sí lo estará para la ley local.*

3. La CSJN ha dicho en innumerables oportunidades que las leyes se deben interpretar en forma sistemática, es decir, evitando darles un sentido que ponga en pugna a las disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (*Fallos,* 310:195, 799,937, 1012, 1390). La interpretación propuesta es la que mejor armoniza y compatibiliza ambos plazos de prescripción —el de la acción y de la pena—, pues evita que existan "limbos" donde el tiempo "no transcurre".

Ello así, por cuanto sostener que el plazo de prescripción de la acción sigue corriendo mientras la causa se encuentra en la CSJN, es impracticable porque "(...) no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio que utilice y prefiere la labor interpretativa; pues ellas (...) constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma" (*Fallos,* 307:1018). Aquella pauta hermenéutica, denominada interpretación previsora (Sagüés, Néstor P., "Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad", [en ED 118-909]), aplicada al caso, demuestra que es disvalioso entender que el plazo continúa transcurriendo, ya que ello equivale a consagrar la impunidad de toda causa contravencional, en la cual, el condenado deduzca un recurso federal, ya que el tiempo que insumiría su tramitación vaciaría de contenido al fuero Contravencional y de Faltas —como surge del análisis del cómputo efectuado por el doctor Muñoz en autos "Caballero" y luego recordado por el doctor Casás en estas mismas actuaciones (a fs. 71).

La finalidad de la ley 10 es, naturalmente, sancionar conductas que afectan la mera convivencia de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, y ese objetivo no se cumpliría si se interpretara el instituto de la prescripción de la acción de manera tal que, en la práctica, toda contravención terminara sin condena, pues, de ese modo, la norma perdería sentido y se convertiría en una norma abstracta limitada al plano de lo teórico, y sin posibilidades de ser llevada a la realidad. Difícilmente pueda pensarse que el legislador local creara un mecanismo de prescripción que ponga en manos del contraventor la posibilidad de evitar la aplicación de una sanción mediante la interposición de un recurso extraordinario. Por el contrario, lo que el legislador pretendió, al establecer plazos cortos de prescripción, fue agilizar el procedimiento y de esa manera evitar la inseguridad jurídica que produce la indecisión sobre la situación del contraventor —indecisión que no puede afirmarse, obviamente, luego de que la causa transitara por tres instancias judiciales locales.

En definitiva, sólo mediante una interpretación literal que se aparte de toda valoración sobre las consecuencias de la decisión, el espíritu del Código Contravencional, la intención de los legisladores y, asimismo, la armonía con el resto del orde-

namiento, podría arribarse a una conclusión tal que conciba que el cómputo de la prescripción de la acción termina con el rechazo de la queja por denegación del recurso extraordinario federal. Ello así, por cuanto, esa solución, además, encierra otras implicancias porque no lleva solamente a la prescripción *en todas las causas* que lleguen al conocimiento de la Corte Suprema, que verdaderamente no son pocas, sino que, por otra parte, lejos de producir un efecto saludable en la comunidad y fomentar el respeto por las normas de convivencia —pues de esto se trata el caso—, provoca el efecto inverso porque deja en manos del contraventor la posibilidad de eludir el accionar de la Justicia Contravencional y de Faltas. Ciertamente, no creo que aquello fuera lo deseado por todos los que bregaron, con éxito, por la judicialización de la materia contravencional.

Ello basta para explicar el criterio hermenéutico de la mayoría de este Tribunal, con el convencimiento de que en esta causa no ha habido ninguna ineficacia imputable a los órganos judiciales locales que autorice a sostener que la situación procesal del contraventor no fue resuelta en tiempo y forma.

En consecuencia y de acuerdo a cuanto vengo sosteniendo, la acción contravencional no se encuentra prescripta en el caso, en tanto, la audiencia de juicio se llevó a cabo el día *6/6/2005* y el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisible por la Cámara Contravencional y de Faltas (Sala I) el día *18/10/2005,* lo que motivó una queja que fue rechazada por este Tribunal el día 5/4/2006 y, a su turno, un recurso extraordinario federal que también fue declarado inadmisible con fecha 6/6/2006. Por lo tanto, si algún plazo ha corrido desde el día 18/10/2005 éste es el previsto en el art. 32 de la ley 10, es decir, ciertamente, el curso de prescripción de la pena.

Resulta sumamente anecdótico señalar hasta qué punto, en autos, la queja deducida frente a la denegatoria del recurso extraordinario federal ha sido utilizada como un medio para que, según la interpretación postulada por el señor defensor de primera instancia, prescribiera esta causa. En efecto, el planteamiento que aquí nos convoca fue presentado en la primera instancia del fuero local el día *20/6/2006*, no ya simultáneamente, sino, un día antes de interponer la queja ante el Tribunal cimero (dentro de las dos primeras horas hábiles del día *21/6/2006).* Con esto, no quiero más que ilustrar acerca de los planteos hipotéticos, o meramente conjeturales, que fueron propuestos para el estudio del Máximo Tribunal de la Nación y que aún hoy se encuentran en su estrado, pues, confesadamente, poco interesaba, al Ministerio Público de la Defensa, la obtención de una respuesta acabada sobre dichas cuestiones.

La administración de justicia es uno de los poderes no delegados que las provincias mantuvieron y se reservaron para sí (esta Ciudad lo ha hecho, a su vez, por la manda constitucional del art. 129, C.N.) y está en manos de sus jueces preservarla a todo trance. Sólo me cabe impedir a toda costa que una queja —por recurso extraordinario federal denegado— funcione como si fuera una apelación más del proceso ordinario, quitándole a un fuero local el derecho de hacer cumplir sus propias decisiones definitivas.

2. Ahora bien, el señor defensor de primera instancia expresó en esta presentación que "goza de una fuerte presunción de que la doctrina sentada por la mayoría de los jueces del Tribunal Superior de esta Ciudad, y a la que la Sala [Primera] del recurso acoge de manera ineludible, sería nuevamente dejada sin efecto a la luz de la doctrina de nuestro Máximo Tribunal en este sentido" (fs. 184). Más allá de que el ejercicio argumentativo emprendido por el interesado importa hacer "futurología", ya que formalmente hasta la fecha este Tribunal no ha sido notificado de la anulación de tal "doctrina", entiendo que resulta inevitable despejar toda duda que pueda caber sobre la posición que adoptaría en el supuesto hipotético que propone el recurrente.

Si dichos presagios se cumplieran, en mi opinión, sólo restaría adherir lisa y llanamente a la "doctrina" establecida en el Plenario nº 8 de la Cámara Nacional de Casación Penal ("Agüero, Irma Delia s/recurso de casación" del 12/6/2002), según la cual *mutatis mutandi* si el recurso de inconstitucionalidad fuera declarado mal concedido por este Tribunal Superior de Justicia, o bien se desestimara una queja contra su denegatoria (en el supuesto de que el *a quo* declarara inadmisible el recurso de inconstitucionalidad local), y aquella decisión fuera recurrida por la vía de un recurso extraordinario federal, habrá de entenderse *firme* a la sentencia cuando este Tribunal declare inadmisible aquel recurso extraordinario federal. Ello es así, por cuanto, "la interposición de una queja no suspende la firmeza del fallo en crisis, pues así lo establece claramente el art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que rige la materia" (del voto, en mayoría, del vocal preopinante, doctor W. Gustavo Mitchell). En consecuencia, llevada esta otra "doctrina" al caso bajo estudio, la sentencia habría quedado firme con fecha 6/6/2006, cuando este Tribunal declaró inadmisible el recurso extraordinario federal, y tampoco por esta otra vía se encontraría prescripta la acción contravencional.

3. Por todo ello, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad y por confirmar la sentencia en cuanto fuera materia de agravio.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, Dr. Luis F. Lozano.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad de fs. 181/189 vta.

2º. *Confirmar* la sentencia de fs. 172/175.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 5— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ERICE, FABIÁN; ERICE, ARIEL Y OTROS S/INF. ARTS. 116 Y 117, LEY 1472"

RECURSO DE QUEJA. Efectos. Suspensión del curso del proceso.

Expte. nº 5285/07 - 1º/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Defensora Oficial presentó un escrito ante este Tribunal, con fecha 24/5/2007 a las 14.33 hs. (según obra en el cargo de fs. 74), en el cual solicitó "la suspensión del proceso en la presente causa, hasta tanto se resuelva el recurso de queja interpuesto ante es[t]e Tribunal" (fs. 71).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

El propósito de la presentación en examen consiste en que se decrete la "suspensión del proceso" hasta que se resuelva la queja interpuesta ante este estrado y busca, concretamente, que "se deje sin efecto la audiencia de juicio dispuesta para los días 30, 31 de mayo y 1 y 4 de junio del corriente" (fs. 73 vta.). Dicha pretensión debe desestimarse por varios motivos:

i) El Tribunal Superior no puede, cuanto menos por esta vía, dejar sin efecto o posponer una audiencia que él no ha convocado, toda vez que ello significaría arrogarse funciones que sólo incumben al magistrado de primera instancia (art. 45, ley 12). De igual modo, el magistrado de grado tampoco puede atribuirse la determinación del "efecto suspensivo" de una queja, pues aquella resolución sólo concierne a este Tribunal (art. 33, *in fine*, ley 402). De cara a tan claras funciones resulta evidente que el trámite que la defensa dio a este planteo carece de sentido o —en todo caso— debió ser el inverso, pues, lógicamente, primero debió presentarse ante este Tribunal a fin de que se resolviera sobre el pretendido "efecto suspensivo" (presupuesto) y, luego, si aquél hubiera sido dispuesto, solicitar ante el juzgado de primera instancia todo aquello que considerara conveniente (resultado). Al hacer lo contrario, teniendo el tiempo suficiente para obrar correctamente, en tanto la audiencia debió ser notificada con una antelación no menor a los diez días (art. 45, ley 12), consintió el riesgo resultante de que este estrado, previa deliberación de sus integrantes, no llegara a resolver su planteo oportunamente y evitara, con ello, el supuesto perjuicio invocado. Más allá de ello, o incluso cuando lo hubiera encaminado de tal forma, su planteo tampoco hubiera procedido por falta de fundamentación.

ii) En efecto, el gravamen estaría dado —según aduce la defensora— por el hecho hipotético de que si se realizara el juicio se podría "arribar a un fallo condenatorio" y sería contradictorio que se ejecutaran las sanciones en una causa, en la cual el procedimiento podría ser considerado nulo por este Tribunal. Casualmente, como respuesta necesaria, se impone señalar que el recurso de inconstitucionalidad (arts. 113.3, CCBA, 27 y 28, ley 402) y la queja contra su denegatoria se encuentran previstos, en principio, para otro momento procesal, razón por la cual la defensora ha asumido el riesgo de la contradicción que le inquieta. Es simple, y sin adelantar la suerte de la queja deducida, este Tribunal

bien podría entender que ella no se dirige contra una sentencia *excepcionalmente* equiparable a definitiva, por lo cual los vicios de procedimiento debieran ser traídos a este estrado, vinculados con lo obrado en el debate, por vía de las impugnaciones contra la sentencia condenatoria a la que paradójicamente se anticipa. En tal caso, si lo que le preocupa es el efectivo cumplimiento de las sanciones, nada le impedirá, de llegar en queja, solicitar el "efecto suspensivo" de aquélla en los términos del art. 33 de la ley 402. Esto no sólo sería lo lógico, sino que además es la finalidad de dicho precepto legal, en tanto difícilmente puede pensarse que aquél esté previsto para impedir que un proceso continúe hasta su efectiva resolución, a menos, claro está, que se demuestren vicios fulminantes. Ello así, pues, en principio, no es posible concebir que, frente a la interposición de una queja prematura, nuestro Tribunal se encuentre autorizado para desapoderar al fuero local del trámite ordinario de un sumario contravencional que sólo a él incumbe; y aun cuando se admitiera su queja, declarándose la nulidad invocada, la situación no variaría absolutamente, porque la inejecución de las eventuales penas no obedecería ya a ningún "efecto suspensivo", sino antes bien a lo resuelto por el Tribunal. Con ello sólo quiero expresar que no corresponde evitar un juicio mediante la interposición de un recurso de queja ante este estrado, toda vez que se trata de un recurso extraordinario y, por ende, excepcional.

iii) Nada agrega, por lo demás, "la expectativa que los justiciables han depositado en el planteo efectuado por su defensa, en el que creemos de manera absoluta" (fs. 73), pues esta convicción, en rigor, no debiera ser otra en ninguna oportunidad. Parece necesario señalar que este Tribunal espera que todos los planteos que arriban a nuestro conocimiento sean serios y esa misma seriedad debiera guiar la actuación de los impugnantes en cualquier presentación que encaran. Menos aún auxilia la afirmación de que "no existe gravamen alguno para el acusador público o para los intereses sociales [de] hacer[se] lugar a este pedido" (fs. 73 vta.), en tanto, no se trata de demostrar que no hay un perjuicio para los restantes, sino, eventualmente, de que sí lo hay para los imputados si se continuara con la sustanciación del debate oral y público. Por cuanto llevo dicho ese gravamen no ha sido explicado en esta ocasión y tampoco se han relatado circunstancias serias, graves o extremas que —a todo evento— ameriten un pronunciamiento de carácter excepcional como el peticionado.

Por estas razones, voto por *no hacer lugar* a esta solicitud.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Coincidimos con la jueza de trámite Dra. Ana María Conde, en que en el *sub examine* no se han acreditado razones que permitan hacer excepción a la regla según la cual la queja no suspende el curso del proceso (art. 33, cuarto párrafo de la ley 402), por lo que no cabe hacer lugar a lo solicitado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a lo solicitado en la presentación agregada a fs. 71/74.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique con carácter de urgente.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXI

"KRAWCZUK DE RUBSTEIN, CHAZA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/KRAWCZUK DE RUBSTEIN, CHAZA S/EJECUCIÓN FISCAL —INGRESOS BRUTOS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Ejecución fiscal. Resolución que rechaza el planteo de caducidad de instancia. Sentencia equiparable a definitiva. Inexistencia de deuda. Continuidad del proceso.

Expte. nº 4971/06 - 4/6/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) inició una ejecución fiscal contra la Sra. Chaza Krawczuk de Rubstein tendiente al cobro de la suma de $ 8.198,36 por impuesto a los ingresos brutos (fs. 37/40 vta.). La demandada opuso excepciones y ofreció pruebas (fs. 41/44).

Posteriormente, la ejecutada planteó la caducidad de la instancia (fs.18/20), que, previo traslado y contestación por el ejecutante (fs. 16/17) fue rechazado por la jueza de primera instancia (fs. 15).

2. La Sra. Chaza Krawczuk de Rubstein interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia (fs. 2/13). La ejecutada expresó: "vengo a interponer el recurso extraordinario de inconstitucionalidad al que me autoriza el art. 113, inc. 3º de la CCBA, art. 26, inc. 4º de la ley 7 de la Ciudad de Buenos Aires, y art. 27 de la ley 402 de la Ciudad de Buenos Aires" y solicitó que "sustanciado el presente recurso, lo conceda y remita las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires"; la señora jueza interviniente lo denegó sin previa sustanciación con el siguiente fundamento: "Toda vez que en el ámbito local existe el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27 de la ley 402 y que en consecuencia, este tribunal no resulta ser el tribunal superior de la causa, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la ley 48 corresponde desestimar el recurso extraordinario formulado" (fs. 1).

3. La demandada dedujo recurso de queja contra la decisión que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 21/31 vta.).

El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de queja (fs. 175/176 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable.

2. El recurso de inconstitucionalidad que la queja pretende someter a decisión del Tribunal no se dirige contra una sentencia definitiva ni a una decisión equiparable a ella a los fines del recurso intentado (art. 27, ley 402).

La resolución que no hace lugar al planteo de caducidad de instancia no se equipara a una "sentencia definitiva" pues no pone fin al proceso ni impide su continuación. Tampoco la recurrente logra demostrar cuál sería el gravamen de imposible reparación ulterior que le provoca la decisión

cuestionada (TSJ *in re*: "Volkswagen Argentina SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "GCBA c/Volkswagen Argentina S.A. (ex Autolatina Arg. SA) s/ejecución fiscal", expte. nº 2782/04, sentencia del 19/5/2004).

La continuidad del proceso no constituye un gravamen que justifique una intervención del Tribunal previa al dictado de la sentencia que resuelva la causa. Máxime cuando la ejecutada ha planteado como defensas la inexistencia de la deuda reclamada; cuestión que, en caso de prosperar, tornaría insustancial la cuestión vinculada con la caducidad de instancia. La eventualidad de un pronunciamiento favorable a la contribuyente no puede descartarse a priori.

3. Por último, la decisión recurrida no impide que los agravios de naturaleza constitucional articulados por la recurrente, si los hubiera, puedan ser considerados una vez dictada la sentencia definitiva, a condición de que tales agravios sean mantenidos durante el juicio, la sentencia resulte adversa a la ejecutada y, oportunamente, se satisfagan todos lo requisitos para la admisibilidad y procedencia del recurso de inconstitucionalidad. Al respecto, resulta aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el recurso del art. 14 de la ley 48, que establece: "Las cuestiones federales resueltas por autos no definitivos, durante la tramitación del litigio, son susceptibles de conocimiento por la Corte en ocasión del recurso extraordinario que quepa deducir contra la sentencia final de la causa" (CSJN, *Fallos,* 303,1040; 305,1745, entre otros).

Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la Sra. Chaza Krawczuk de Rubstein y dar por perdido el depósito que efectuara a fs. 168.

El juez JOSÉ O. CASÁS y la jueza ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Más allá de la interpretación incorrecta del recurso de inconstitucionalidad por la jueza de primera instancia, estimo que el referido recurso, conforme lo aclara el señor juez de trámite, a cuyos fundamentos me sumo, no se dirige contra una sentencia definitiva, categoría o concepto sobre cuyo significado sostengo un criterio que, desarrollado en numerosos fallos, resulta particularmente estricto (ver, por ejemplo, mis votos en "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2778/04, resolución del

16/6/2004; "Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis CPN'", exptes. nº 3070 y nº 3071, resolución del 2/7/2004; "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, sentencia del 9/11/2005, entre muchos otros casos).

Por lo expuesto hasta aquí, voto por rechazar la queja planteada a fs. 21/31 vta. y dar por perdido el depósito de fs. 168.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja presentada por la Sra. Chaza Krawczuk de Rubstein (en adelante, la "Sra. Krawczuk") cumple con los requisitos de tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

La jueza de primera instancia denegó el recurso interpuesto contra la resolución que rechazaba el planteo de caducidad de instancia efectuado por la demandada, en los siguientes términos: "Toda vez que en el ámbito local existe el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27 de la ley 402 y que en consecuencia, este tribunal no resulta ser el tribunal superior de la causa, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la ley 48 corresponde desestimar el recurso extraordinario formulado" (fs. 1).

Considero que asiste razón a la quejosa en punto a que, a diferencia de lo señalado por la magistrada, aquélla no introdujo un recurso extraordinario federal sino que articuló contra la sentencia impugnada el recurso de inconstitucionalidad previsto en el orden local.

Así, pese a referirse al medio de impugnación intentado como "recurso extraordinario de inconstitucionalidad", la Sra. Krawczuk manifestó oportunamente que aquél se encuentra regulado en el art. 113, inc. 3º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 26, inc. 4º de la ley 7 de la Ciudad de Buenos Aires y en el art. 27 de la ley 402 de la Ciudad de Buenos Aires. Además, solicitó que una vez sustanciado el recurso, se lo concediera y se remitieran las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la queja que luce a fs. 21/31 vta.

2. Ahora bien: dado que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada no fue sustanciado, correspondería, previo a su tratamiento, dar traslado del mismo a la parte actora por el plazo de diez (10) días.

3. Por lo expuesto, voto por admitir la queja presentada por la ejecutada y por ordenar se corra traslado al GCBA por el plazo de diez (10) días del recurso de inconstitucionalidad cuya copia obra a fs. 2/13.

Por ello, por mayoría, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por la Sra. Chaza Krawczuk de Rubstein a fs. 21/31 vta.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 168.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente al juzgado interviniente para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXXII

"BRASBURG, MARCELO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SASÓN, RAFAEL LEONARDO Y OTROS C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN 'SASON, RAFAEL LEONARDO Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Medida cautelar. Sentencia definitiva. Acreditación de un gravamen de imposible reparación ulterior. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA). Reclamo de aportes previsionales.

Expte. nº 5004/06 - 4/6/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los abogados Marcelo Pablo Brasburg, Rafael Leonardo Sasón y Desirée Lis Candelaria Benítez, promovieron, por derecho propio, una demanda de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: CASSABA) tendiente a evitar el reclamo de los aportes establecidos por la el art. 5º de la reglamentación de la ley 1181, disposición cuya declaración de inconstitucionalidad peticionan. Con la demanda solicitaron, como medida cautelar, que se ordene a la CASSABA que se abstenga de percibir los importes indicados en el mencionado art. 5º (fs. 90/97).

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar (fs. 98/100 vta.). Apelada la sentencia por la demandada (fs. 38/50 vta.), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario revocó la resolución de primera instancia y denegó la medida precautoria solicitada por los actores (fs. 65/66).

3. Contra esa resolución la parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 51/64 vta.), que, previo traslado y contestación por la CASSABA (fs. 4/27) no fue concedido por la Cámara (fs.1/3)

4. Ante la denegatoria, la actora interpuso una queja ante el Tribunal (fs. 32/37). Recibidas las actuaciones en el Tribunal, se dio vista al Ministerio Público que, en el dictamen del Fiscal General Adjunto consideró que debe rechazarse la queja pues la parte accionante no acredita un perjuicio grave e irreparable que permita equiparar la sentencia recurrida a una decisión definitiva, omisión que no se suple por la denuncia de arbitrariedad de la sentencia cuestionada (fs. 104/106 vta.)

FUNDAMENTOS:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Aunque la queja fue deducida en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente rechazado por la Cámara. En efecto, el pronunciamiento de la Cámara que rechazó la medida cautelar solicitada por el actor, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402 (conf. TSJ *in re*: "Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea S. A. c/GCBA s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002; "Covimet SA c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2570/03, resolución del 17/12/2003; "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2778/04, resolución del 16/6/2004; "Arcos Dorados SA s/queja por recurso de in-

constitucionalidad denegado en: 'Arcos Dorados SA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4262/05, resolución del 15/3/2006; y consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el recurso extraordinario federal, *Fallos,* 310:681 312:553, 1010; 313:116, entre muchos otros).

3. Tampoco los actores acreditaron que la decisión de la Cámara genere un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, supuesto en el que cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva.

En el caso, la parte recurrente sostiene que "la resolución recurrida produce un gravamen de tardía o imposible reparación ulterior" (fs. 80 vta.) ya que "considerándose que una eventual sentencia pudiese ordenar la devolución de lo mal pagado, el agravio producido no estaría reparado" (fs. 80 vta./81) pues éste se relaciona "con la falta de disponibilidad del dinero" (fs. 81) que generará "un menoscabo en su calidad de vida" (fs. 81). Los recurrentes agregan que si se trata de "una persona de bajos ingresos representa una disminución en sus posibilidades de: Alimentación, vivienda, vestimenta, etc." (fs. 81) y si es "una persona de mayores ingresos y con una capacidad de ahorro, esto significa una disminución en su capacidad de ahorro. Y en todo caso, ello a lo largo del proceso, implica la pérdida de la posibilidad de efectuar inversiones productivas con el dinero confiscado" (fs. 81). Sin embargo, la enunciación de su agravio pone de manifiesto su carácter meramente especulativo y no vinculado con la situación personal de cada uno de los coactores. No se trata de definir en abstracto y para cualquier caso si los aportes impuestos por el art. 5º de la reglamentación de la ley 1181 pueden afectar la situación de "una persona de bajos ingresos" o de otra "de mayores ingresos y con una capacidad de ahorro"; sino de demostrar acabadamente ante el Tribunal de qué manera esos aportes afectan, y con qué intensidad lo hacen, a cada uno de los actores para acreditar, respecto de cada uno de ellos, la irreparabilidad del gravamen que habilita una intervención del Tribunal antes de que se haya dictado el pronunciamiento de fondo en el caso. Basta advertir, que tratándose de profesionales matriculados ante el órgano previsional para abogados de la Provincia de Buenos Aires, no se ha argumentado siquiera qué porcentaje del volumen de los honorarios que cada profesional devenga o percibe se generan en una y otra jurisdicción; circunstancia relevante que permitiría ponderar la real afectación de derechos que pudiera emeger de la aplicación de la regla cuestionada mientras tramita el pleito.

En verdad, el recurso resulta insuficiente en una cuestión medular: justificar la equiparación de la decisión recurrida a una sentencia definiti-

va mediante la demostración de la irreparabilidad del daño alegado. Las referencias efectuadas en el recurso sobre el carácter irreparable de los agravios no han sido adecuadamente fundamentadas en relación a cada uno de los actores, ni debidamente probadas; y ello basta para rechazarlo.

Los recurrentes intentan también equiparar la sentencia a definitiva esgrimiendo una supuesta imposibilidad de ejecutar una eventual condena contra la CASSABA, en virtud de la inembargabilidad de sus fondos (art. 89 de la ley 1181). El agravio es conjetural, toda vez que no puede afirmarse con certeza que CASSABA se resistirá al cumplimiento de una manda judicial de pago. Asimismo, se apoya en una interpretación por lo menos opinable del sistema de la ley 1181.

4. Finalmente señalo que la falta de sentencia definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento o la alegada interpretación errónea del derecho que rige el caso (*Fallos,* 308:62; 311:1232; 314:657; 322:2920, entre otros).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta, a fs. 67/83, por los abogados Marcelo Brasburg, Rafael Sasón y Desireé Benítez no satisface de manera adecuada la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no logra rebatir las razones que expusiera la Sala I de la CCAyT para justificar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

2. De conformidad con reiterada doctrina del Tribunal, las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir sentencias definitivas, con excepción de aquellos casos en los que el recurrente logra demostrar que la denegatoria de la vía extraordinaria local le genera "un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior" (conf. "Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3033, resolución del 12/8/2004, entre otros).

3. En ausencia de un gravamen irreparable cuestión que no ha quedado demostrada en estas actuaciones, ninguna de las razones expuestas en la queja alcanza para habilitar la competencia recursiva extraordinaria intentada.

4. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta, a fs. 67/83, por los abogados Marcelo Brasburg, Rafael Sasón y Desireé Benítez.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto pone de resalto que las alegaciones de los recurrentes no resultan idóneas para demostrar que la sentencia atacada sea susceptible de generar un agravio de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior que permita equipararla a un pronunciamiento de carácter definitivo. En particular, los interesados no logran exponer, en concreto y respecto de cada uno de ellos, cuál sería la gravitación que efectivamente podría llegar a tener la erogación que se intenta evitar mediante la medida cautelar pretendida.

Lo expuesto basta para sellar la suerte adversa del recurso intentado (art. 27, ley 402).

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Adhiero a la correcta opinión del señor juez de trámite, mi colega Luis F. Lozano, sin perjuicio de reiterar que mi criterio, desarrollado en múltiples fallos, es aún más estricto respecto del significado de "sentencia definitiva" (ver, por ejemplo, mis votos en "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" y su acumulado, expte. nº 4550/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4272/05, sentencia del 5/7/2006; "Jockey Club Argentino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Jockey Club Argentino s/ejecución fiscal - otros'", expte. nº 4590/06, resolución del 13/9/2006; y "J. Walter Thompson Argentina SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'J. Walter Thompson Argentina S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. nº 4629/06, sentencia del 20/9/2006, entre múltiples otros casos).

Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado planteada por los Dres. Marcelo Pablo Brasburg, Rafael Leonardo Sasón y Desirée Lis Candelaria Benítez a fs. 32/37.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se remita al tribunal interviniente para que sea agregada al expediente principal.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXXIII

"TOLEDO, RAMONA NELSA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'TOLEDO, RAMONA NELSA C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Requisitos. Interposición extemporánea del recurso de queja. Error del agente judicial de la mesa de entradas de la Secretaría General de la Cámara.

Expte. nº 5068/06 - 4/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Ramona Nelsa Toledo, docente suplente dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos (en adelante GCBA), planteó una demanda contra su empleador tendiente a la reparación de los daños y perjuicios que la actuación irregular de la administración le habría ocasionado, al no permitirle su reintegro efectivo al cargo de docente para el que había sido designada, en el período marzo de 1994-abril de 1996. Reclamó el pago de $ 23.000 por lucro cesante, $ 40.000 por daño moral y $ 18.000 por daño psicológico (fs. 1/5 vta.).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda por la suma de $ 35.250, más intereses y costas (fs. 6/13 vta.).

2. Ambas partes apelaron la sentencia. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario resolvió: "1) Rechazar el recurso interpuesto por la actora; 2) Hacer lugar al recurso de la demandada y revocar el pronunciamiento recurrido, en todo cuanto deci-

de; 3) Imponer las costas ante ambas instancias en el orden causado (art. 62 *in fine,* CCAyT)" (fs. 23/26).

3. La parte actora planteó recurso de inconstitucionalidad mediante un escrito denominado "Interpone acción declarativa de inconstitucionalidad" (fs. 27/31), que fue tratado por la Cámara como recurso de inconstitucionalidad, y denegado (fs. 32/33).

4. Contra esa decisión la Sra. Toledo interpuso, ante la misma Sala, un recurso de queja (fs. 34/39), que, tras ser ingresado como "queja por apelación denegada" (véase carátula sin numerar interpolada entre fs. 39 y fs. 40), se remitió a este Tribunal (fs. 45) a instancias de la recurrente quien expresó las razones por las que se equivocó al presentar el recurso ante la Cámara (fs. 42 y vta. y 44).

5. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja por no haber sido presentada en tiempo oportuno ante el Tribunal Superior de Justicia (fs. 49/50 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El art. 33 de la ley 402 expresa: "Si el tribunal superior de la causa deniega el recurso, *puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia,* dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula. / El recurso de queja se interpone por escrito y fundamentado. / El Tribunal Superior puede desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente. Presentada la queja en forma, el tribunal decide sin sustanciación alguna, si el recurso ha sido bien o mal denegado; en este último caso, dispone que se tramite..." (sin destacar en el texto legal). La ley es clara y no ofrece alternativas al litigante.

Por tal razón, la justificación que expone el recurrente para trasladar la responsabilidad por el error en que él incurriera a los agentes de la Secretaría General (mesa de entradas) de la Cámara —que le habrían informado incorrectamente a cerca de dónde debía presentar la queja y le recibieron el escrito— no resulta atendible, pues, independientemente de si los hechos ocurrieron o no de la forma en que los expone (fs. 42 y vta.), está a cargo de quien recurre satisfacer los recaudos de interposición del recurso de que se trate.

La queja por recurso de inconstitucionalidad denegado presentada ante la Sala que denegó su concesión, no se ajusta a las leyes adjetivas

vigentes y, aunque fuera cierto el error que se atribuye al agente judicial que atendió en la mesa de entradas de la Cámara al profesional que interviene en representación de la actora, tal circunstancia no permite dispensarlo de su propio error; máxime cuando no refiere haber consultado con los superiores jerárquicos del personal de mesa de entradas a cerca de la corrección o incorrección de la respuesta que, según expresa, le fue brindada (conf. doctrina del TSJ *in re*: "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", expte. nº 4313/05, resolución del 5/7/2006).

Ello así, y por las razones expuestas en el dictamen del señor Fiscal General Adjunto (punto III, fs. 50) que comparto, la queja resulta extemporánea pues quedó radicada ante este Tribunal cuando ya había expirado el plazo de cinco días previsto por el art. 33 de la ley 402, tomando para su cómputo la fecha de notificación del pronunciamiento impugnado, denunciada en el punto I de la queja (véase constancia de recepción de fs. 45).

2. Además de lo dicho, el recurso de queja (fs. 34/39) no efectúa siquiera en forma mínima la crítica de la resolución de fs. 32/33, ya que no se expresa en él argumento alguno dirigido a rebatir las razones que la Cámara expusiera para no concederle recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia, el recurso carece de autosuficiencia y debe ser rechazado también por esta razón (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865/00, resolución del 9/4/2001; en sentido coincidente para la queja por denegatoria del recurso extraordinario federal, véase *Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338, entre muchos otros).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expresados por el juez de trámite en el apartado 1 de su voto adhiero a la solución que propone.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, y a los argumentos que en sentido concordante expresa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 49/50 vta.). En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por la señora Ramona Nelsa Toledo.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del Dr. Luis F. Lozano y en concordancia con lo expuesto por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar el recurso intentado.

Tal como he sostenido en otras oportunidades (expte. nº 4171/05 "Cooperativa de Trabajo Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN (Avda. Callao 346/360) Hotel Bauen s/infracción art. 73, CC'" resolución del 5/4/2006), en este caso, se ha configurado un error inexcusable y sus consecuencias deben pesar, necesariamente, sobre quien incurrió en él. La formalidad legal que rodea la deducción de los recursos hace, precisamente, a la seguridad jurídica y otorga certidumbre acerca de la conducta procesal que asumen los distintos sujetos involucrados, redundando, finalmente, en su propio beneficio. Una mínima diligencia (como la previa lectura de las ley es aplicables) hubiera bastado para sortear cualquier posible confusión.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. A pesar de que comparto casi totalmente la opinión del señor juez de trámite en el punto 1 de su voto, siempre he estimado que un error práctico del tipo del allí reseñado no debería afectar la posición del litigante real. Esto significa que si la queja presentada observaba el plazo que se debió observar ante el TSJ, según el cargo de recepción, a pesar de que el error sea imputable al letrado que interviene, la consecuencia no puede resultar en el desconocimiento de la intención de impugnar la sentencia.

2. Prefiero, por ello, rechazar este recurso de queja por falta de fundamentación, conforme lo explica el señor juez de trámite en el punto 2 de su voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Ramona Nelsa Toledo a fs. 34/39.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva al tribunal remitente para que sea agregada al principal.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO" EN 'PARCANSKY, MANUEL JORGE C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia como vía idónea para el ejercicio del control de constitucionalidad. Garantía del debido proceso. Requisito de sentencia válida. Amparo. Requisitos. Carácter. Idoneidad de la vía elegida. Verificación de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la conducta estatal lesiva. Intimación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para el inicio del trámite jubilatorio. Reconocimiento del carácter remunerativo de ciertos adicionales a los fines previsionales. Planteo que debe canalizarse mediante un juicio de conocimientos. Necesidad de una mayor amplitud del debate.

Expte. nº 4970/06 - 5/6/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Manuel Jorge Parcansky, médico dependiente del GCBA, que se desempeña como Jefe de Departamento "Cirugía Plástica y Quemados" del Hospital de Quemados, promovió acción de amparo contra el GCBA, en orden a la notificación que se le cursara, compeliéndolo a iniciar los trámites jubilatorios correspondientes a la ANSES, en los términos fijados en la ley 471 (art. 59, inc. c) y 61, párr. 3º, con el objeto que se declare la inconstitucionalidad del carácter "no remunerativo" del Adicional por Grado (cpto. 008), suplemento por productividad (cpto. 013) y suplemento por conducción (cpto. 068) sobre la base que tales suplementos no son computados a los fines previsionales, a pesar de ser continuos y regulares, abonados en forma ininterrumpida y mensual y no de carácter excepcional.

Solicitó, asimismo, el dictado de una medida cautelar consistente en suspender la ejecución del acto que pretende el inicio de la gestión del trámite jubilatorio, conforme los arts. 189 y 190 del CCAyT, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada (fs. 1/10).

El GCBA, al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley nacional 16.986), solicitó el rechazo de la demanda, tanto

por razones atinentes a su inadmisibilidad formal (extemporaneidad de su interposición y falta de acreditación de la ineptitud de otras vías judiciales), como por su improcedencia sustancial (fs. 11/16 vta.).

La sentencia de primera instancia hizo lugar, parcialmente, a la demanda y declaró la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo de los adicionales: suplemento por productividad (derogado a partir del 1º/5/2005 por el dec. 583-GCBA/05 y transformado en remunerativo a partir de allí) y el suplemento por conducción y ordenó al GCBA presentarse ante el órgano previsional competente y regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de las asignaciones referidas. Asimismo, ordenó que el GCBA le deberá abonar a la actora las diferencias en concepto de salario anual complementario que surjan de la inclusión. Finalmente, las costas fueron impuestas a la demanda (fs. 23/25 vta. de la queja).

2. El GCBA apeló la sentencia y expresó agravios relativos a la admisión de la pretensión por la vía del amparo y al carácter no remunerativo de los suplementos. (fs. 22/27). La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar, parcialmente, al recurso interpuesto y, en consecuencia, estableció que el GCBA deberá abonar a la actora las diferencias en concepto de SAC solamente por aquellos períodos no alcanzados por el plazo de la prescripción quinquenal, y revocó el punto 2) de la sentencia apelada. Por último, la sentencia no impuso las costas atento a no haber mediado substanciación. (fs. 29/33 vta.).

3. La demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la inadmisibilidad del amparo, arbitrariedad de sentencia y violación al principio de separación de poderes (fs. 34/47), que fue denegado por la Cámara por considerar que no se ha expuesto fundadamente un caso constitucional y que no se advierten configuradas las circunstancias excepcionales que autorizan la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad. (fs. 49/50).

4. Ante dicha denegatoria, el GCBA presentó la correspondiente queja (fs. 68/83).

5. El señor Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de hecho impetrado (fs. 71/74 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos de tiempo y forma exigidos para su tratamiento y da cuenta de la existencia de un caso cons-

titucional que debió habilitar la concesión del recurso de inconstitucionalidad incorrectamente denegado.

2. La circunstancia que la ley que regula los procedimientos ante el tribunal no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste, tal como ocurriera en el ámbito federal en el que tampoco esta causal se encontraba enunciada entre los distintos supuestos del art. 14 de la ley 48, y fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso registrado en *Fallos,* 112:38, "Rey v. Rocha", del 2/12/1909.

La de la arbitrariedad es una vía idónea para que este tribunal pueda ejercer control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se verifica un conflicto entre la propia sentencia sometida a su revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social.

3. El Gobierno de la Ciudad sostiene que el decisorio cuestionado presenta serios defectos de fundamentación que determinan su invalidez como acto judicial, pues "se manifiesta de forma general y abstracta, volviendo a afectar el derecho de defensa de mi parte, al prescindir no ya de las constancias de la causa, sino del escrito mismo sometido a consideración del Estrado". Ello, en virtud de que no trató los agravios concretos esgrimidos en oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad y falló con prescindencia de las circunstancias fácticas y jurídicas.

En efecto, la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad presenta los defectos que el recurrente le atribuye, toda vez que sólo trasunta términos rituales que evidencian la escasa atención puesta al recurso rechazado, que lejos de invocar la vulneración del debido proceso de manera genérica como expresó la Cámara a fs. 49/50, plantea serios agravios de naturaleza constitucional: por un lado, cuestiona la procedencia de la vía del amparo a través de planteos vinculados con la interpretación del art. 14, CCBA y su relación con los principios constitucionales de defensa en juicio y debido proceso; y por el otro, denuncia arbitrariedad en el análisis efectuado por la Cámara para resolver la cuestión objeto del pleito, haciendo lugar a la pretensión amparista, y el derivado cercenamiento de las atribuciones propias de la Administración (afectación de lo normado por los arts. 53, 102 y 104 CCBA).

La existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional.

El GCBA sostuvo, desde la etapa inicial del proceso, la inviabilidad de debatir y resolver la pretensión por medio de un juicio de amparo. En especial, destacó que no se encuentran reunidos, en este caso, los recaudos constitucionales de conducta estatal "manifiestamente ilegítima o arbitraria", por lo que no existe justificación para el apartarse de las vías ordinarias previstas para la tramitación de las causas.

El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma "manifiesta", esto es, que surjan con evidencia del acto mismo.

Si este recaudo no está presente, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales —y no sólo la acción de amparo—, se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de manera reiterada que: "El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva" (*Fallos,* 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, entre otros).

4. El cuestionamiento que efectúa la demandada en relación con la tramitación del proceso por la vía del amparo, coincide con la preocupación que ya he manifestado en anteriores oportunidades al advertir que se ha generalizado la utilización del trámite del amparo para dirimir cuestiones que deberían ser canalizadas como juicios de conocimiento ("Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo", expte nº 3101/04, sentencia de fecha 17/11/2004; "Rodríguez, Mónica Adriana s/amparo", expte. nº 3170/04, sentencia del 20/12/2004; "Tayeda, Marta Susana c/GCBA s/amparo", expte nº 1684/02 del 19/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo'", expte. nº 4782, sentencia del 29/11/2006; entre otros).

La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. En tal sentido es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la habitual de toda persona que peticiona en ellos el reconocimiento de sus derechos (*Fallos,* 297:93; 303:422; 310:340, entre otros).

En suma, el instituto previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, no pudiendo interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones.

5. La petición del Sr. Parcansky consiste en que se reconozca el carácter "remunerativo" de ciertos adicionales que son liquidados en sus haberes con carácter "no remunerativo".

Dado que la determinación de la política salarial compete a la Administración, la mera existencia de suplementos con carácter no remunerativo no aparece como manifiestamente arbitraria o ilegal. Ello sin perjuicio de que el afectado pueda cuestionar su razonabilidad por cauces judiciales adecuados, y que en un proceso ordinario, pueda establecerse el alegado carácter remunerativo de los suplementos. Por otra parte, no resulta palmario que la mera intimación para iniciar los trámites jubilatorios, de conformidad con los arts. 59, inc. c) y 61 párr. 3º de la ley 471, habilite esta vía procesal. Cabe advertir que el amparista no niega hallarse en las condiciones previstas en tales normas, que darían sustento a la intimación cursada por la Administración.

No debe perderse de vista, asimismo, que los adicionales cuestionados se liquidan con carácter no remunerativo desde su inicio, hace más de diez años, según surge de las constancias de la causa. Por lo tanto, si quien acciona tardó tanto en iniciar su reclamo, no parece irrazonable pretender justificar el uso de la vía del amparo cuando, por la naturaleza del derecho reclamado, éste puede encontrar un cauce idóneo en otras vías procesales.

En cuanto a la irreparabilidad del daño —característica que hace a la evaluación acerca de la idoneidad de la vía— no puede afirmarse, tampoco, que esté configurada. En efecto, en caso de que por una futura sentencia se reconozca a quien acciona el derecho alegado, no habrá obstáculo alguno para que los rubros que ahora percibe con carácter no remunerati-

vo se incorporen como remunerativos al haber de la actora por los períodos no prescriptos, como también para que sean considerados en su futuro beneficio previsional en su caso a través de una acción de reajuste de su prestación.

En este aspecto, el Gobierno de la Ciudad ha conseguido demostrar que los elementos que obran en esta causa no resultan suficientes para acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos para la tramitación por esta vía de la pretensión deducida por el Sr. Parcansky.

6. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde *a)* admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires *b)* revocar la sentencia de fs. 29/33 vta. y rechazar la acción de amparo interpuesta por el Sr. Manuel Jorge Parcansky (art. 31, ley 402); y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja logra demostrar que el recurso de inconstitucionalidad denegado por el *a quo* compromete la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales dirimentes para la solución que mereció el pleito (v. gr. arts. 14, 13, CCBA y 18, C.N.).

Los requisitos del amparo están en la Constitución y consisten en: *i)* que el acto (u omisión) contra el cual va dirigido sea manifiestamente ilegítimo o arbitrario y, *ii)* que no exista otro medio judicial más idóneo para obtener la tutela de *iii)* un derecho reconocido "…por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte". Aunque determinar su admisibilidad como via de acceso a la justicia es una cuestión de índole procesal, la intervención de este Tribunal procede cuando las consecuencias de preterir las vías ordinarias se proyectan en la sentencia definitiva, es decir, en la decisión final de la controversia [conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006]. Precisamente, esta última situación se verifica en autos.

2. El actor interpuso este amparo contra "la notificación que se le cursara (...) compeliéndolo a iniciar los trámites jubilatorios" cuya ilegitimidad derivaría de la lesión que provoca en su derecho de propiedad, y en las garantías de los arts. 14 y 14 bis de la C.N., la percepción de un haber jubilatorio, y también un salario, que no computa como remunerativos

dos suplementos que el actor reputa tales, dado que los percibe con habitualidad y ostentarían carácter general. La sentencia de primera instancia ordenó al GCBA: *i)* tomar como base a todos los efectos previsionales los suplementos que identificó por los períodos que individualiza; *ii)* presentarse ante el órgano previsional para regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas y *iii)* abonar las diferencias salariales en concepto de SAC que surjan del alcance que otorgó a los suplementos discutidos. Por su parte, la Cámara hizo lugar parcialmente al recurso del GCBA y restringió el pago de diferencias salariales en concepto de SAC a los períodos no prescriptos. También revocó la orden que imponía al demandado presentarse ante la autoridad previsional, por remisión a precedentes de este Tribunal. En cuanto al resto, confirmó la sentencia apelada.

En su recurso de inconstitucionalidad, el GCBA se agravió, en lo que ahora importa, por cuanto la admisión de la vía procesal escogida "es manifiestamente contraria a los criterios que presiden el art. 14 de nuestra Constitución". Desde que tomó intervención en autos, cuestionó que una controversia circunscripta a reclamar diferencias salariales, tramite como amparo en lugar de hacerlo por la vía que la ley de rito ha escogido para atender las pretensiones relativas al cobro de sumas de dinero. También apuntó que ninguno de los actos cuestionados ostenta ilegalidad manifiesta o arbitrariedad (en cuanto a la intimación para jubilarse, dijo que entraña el ejercicio de una competencia reglada sin que a su respecto se hubiera indicado el vicio que la afecta; en relación con el carácter de los conceptos abonados como no remunerativos, reivindicó la potestad del Ejecutivo para regular la retribución, así como que lo relativo al régimen salarial requiere mayor amplitud de debate y prueba que la que admite el amparo, por lo que no es éste la vía idónea para formular tal pretensión). Asimismo, cuestionó que la situación de autos configure para el actor un daño actual o inminente. Al reeditar estas cuestiones en el recurso de inconstitucionalidad, bajo la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, el GCBA sostiene que la sentencia "es irrazonable en su análisis de los elementos fácticos de la causa y de la normativa aplicable, confundiendo hechos que son distintos y adjudicando a todos un mismo tratamiento legal" lo que configura una violación de su derecho de defensa. Al concretar el agravio señala que la sentencia aplicó criterios desarrollados para otros suplementos, alcanzados por normativa específica (v. gr. Estatuto Docente) sin justificar por qué ellos serían aplicables a las particularidades que presentan los adicionales cuestionados en autos, cuyo análisis requería un debate más profundo que se hiciera cargo de los argumentos del GCBA (puntualiza cuáles serían a su criterio las circunstancias distintivas entre los adi-

cionales involucrados en el pleito, que remiten a normativa no analizada por la Cámara, y los que ponderó el precedente invocado por el *a quo*). En suma, solicita que "se rechace la demanda en su totalidad por ser inadmisible a su respecto el cauce procesal del amparo o, en subsidio, se la desestime en lo que se refiere al 'suplemento por conducción' atento la legitimidad de su caracterización como 'no remunerativo'".

3. Así las cosas, sin perder de vista que la sentencia de Cámara recortó la pretensión original del amparista al revocar el punto 2 de la sentencia de primera instancia, y que el único que interpuso recurso de inconstitucionalidad fue el GCBA, pero teniendo en cuenta, también, que los agravios del apelante se dirigen de modo principal a cuestionar la procedencia formal del amparo, en tanto restringió su derecho de defensa y permitió el dictado de una sentencia de condena, conviene abordar el punto desde una perspectiva amplia por el modo en que el tema se proyecta sobre los derechos en disputa (v. gr. derecho de defensa y acceso a la tutela judicial mediante el proceso de amparo).

3.1. En su primera etapa, el amparo procedía frente a la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad de actos u omisiones que lesionaran derechos cuyo restablecimiento no requiriera mayor debate y prueba, y en tanto no existiera otro medio judicial para tutelar el derecho afectado. Para establecer esto último, se estimaba indispensable determinar si los caminos procesales alternativos podían remediar la lesión o, dicho de otro modo, cuál era el efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado. Sólo si el remedio se revelaba, por tardío, como insuficiente o, lisa y llanamente, ineficaz, la vía ordinaria era preterida en favor del amparo. Bajo esta óptica los derechos patrimoniales eran, con excepción de aquellos de naturaleza alimentaria, susceptibles de tutela adecuada por medio de los procesos ordinarios pues los intereses u otros accesorios compensaban el referido efecto. Actualmente, el amparo regulado en el art. 14, CCBA, no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios[28] conforme los presupuestos reseñados en el punto 1 de este voto.

[28] Así lo refleja la intervención del convencional constituyente Dr. Raúl E. Zaffaroni, que ante la propuesta de que se suprima el término "más" del tercer reglón del art. 14 de la CCBA sostuvo lo siguiente: "Considero que el primer párrafo del texto que propone la comisión tiene una redacción casi inobjetable. Creo que hay que oponerse contundentemente a la supresión de la palabra 'más'. Coincido plenamente con lo manifestado por el señor convencional Vivo, aunque no con su argumento; no porque el amparo sea algo excepcional, sino porque si suprimimos la palabra 'más' destruimos el amparo." (conf. *Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 — Actas,* t. 1, pp. 753/754).

3.2. No ha quedado eliminada, sin embargo, la relevancia del efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado para optar entre amparo y vía ordinaria. El art. 14 comentado se inscribe en una Constitución que garantiza el derecho de defensa en juicio, y faculta al poder legislativo, que ejercen los representantes del pueblo, a organizar los procedimientos a fin de poner en acto esa garantía. Al introducir el amparo a un nivel supralegislativo vino a respaldar una interpretación que la CSJN había hecho de la Constitución Nacional, texto anterior a 1994, con arreglo a la cual en situaciones límite en las que los procedimientos ordinarios, aun contemplando medidas cautelares, no suministraban una tutela efectiva de las garantías constitucionales, la función judicial podía ser ejercida excediendo las formas procesales en bien de la sustancia de los derechos.

En tanto son todas cláusulas (arts. 14 y 81, inc. 2º, CCBA) de igual jerarquía normativa, debe el juez ponerlas en juego armónico cuando entran inevitablemente en tensión. En ese contexto, la evolución del daño en función del tiempo es un dato esencial a la hora de decidir si se justifica restringir el debate; al igual que lo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. La irreversibilidad del daño, sometido el litigio a las vías ordinarias, incluidas las medidas cautelares que ellas proveen, justifica imponer mayor premura al demandado en el ejercicio de su defensa, y disminuir la severidad con la que se juzgará el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión cuestionados.

No se desprende de ello que la circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente por ambas vías constituya motivo para desechar el amparo. Procede éste igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por vias ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. En ese caso, no existe vía más idónea que la del amparo. Que la tutela sólo pueda ser satisfactoriamente obtenida por el procedimiento más expeditivo no es condición necesaria sino coadyuvante, y suficiente si la cuestión tolera el limitado debate para elegirlo.

3.3. Aun cuando su formulación lingüística parece indicar lo contrario, el carácter manifiesto de una ilegitimidad o la intuición de una argumentación como arbitraria son susceptibles de alguna graduación. Las certezas no suelen ser absolutas ni inmediatas. El teorema que pareció evidente a Pierre de Fermat, matemático y abogado que manifestó que no asentaba su demostración por carecer de espacio en el papel en que estaba exponiéndolo, fue formalmente comprobado más de tres siglos después, aunque tenido por verdadero, casi diríamos evidente, durante ese lapso.

Al igual que otras conclusiones, las jurídicas suelen parecer evidentes verdades a unos, errores a otros e interrogantes a los miembros de un tercer grupo. A su vez, para llegar a la convicción de que una verdad es evidente solemos tener que recorrer o despejar algún camino. Tanto la complejidad de ese camino como la proporción de opiniones coincidentes tienen relevancia en el mundo del derecho; y tanto una como otra son susceptibles de graduación. Si ponderando estas variables llegamos a la conclusión de que cualquier plus de desarrollo procesal será infructuoso, el amparo prevalecerá, pues la vía ordinaria no aportaría nada útil. Prevalecerá también, aun a costa de contraer a lo indispensable el debate, siempre que el tiempo que insumen aquellos procesos ordinarios tenga entidad para menoscabar el derecho en vilo a un punto tal que su reconocimiento en la vía ordinaria resultaría inútil; incluso si ello implica ser menos exigente para juzgar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad requerida como presupuesto del amparo. A su vez, los procesos ordinarios serán más idóneos que el amparo cuando el impacto temporal de aquellos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no sea visto como suficientemente relevante en relación con la ventaja de un debate y decisión más distendidos. Si quisiéramos medir la idoneidad de los procesos a la exclusiva luz de su velocidad, el amparo absorbería todas las controversias. Los extremos en tensión, integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, están relacionados de modo inversamente proporcional, escenario en el que el art. 14 de la CCBA encomienda al juez equilibrarlos al momento de definir la viabilidad formal del amparo como cauce procesal idóneo. No resulta indiferente, entonces, la característica del derecho supuestamente conculcado (v. gr. sustituible o no en términos pecuniarios) ni la fuente jurídica que brindaría sustento a ese derecho.

3.4. Estas consideraciones hacen a la elección de la vía del amparo en la instancia de mérito y están, a su vez, estrictamente relacionadas con las cargas que pesan sobre la parte recurrente, en el marco del recurso de inconstitucionalidad. Como dije antes, no basta aducir o aun acreditar que el juez de mérito admitió erradamente la vía del amparo. El recurrente deberá mostrar que esa admisión redundó en una restricción de sus derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, demostrará que su recurso ataca la sentencia definitiva que suscita la competencia del Tribunal, conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. Y no basta a este fin la invocación, la demostración o aun la evidencia de cualquier incomodidad a la que quede sometida la defensa o la de algún esfuerzo que exija el establecimiento de la ilegitimidad o arbitrariedad, si no se la relaciona

adecuadamente con el impacto de la duración del proceso en el derecho a cuya tutela sirve.

4. El amparo de autos se inició para cuestionar la intimación cursada al actor para que inicie el trámite de su jubilación. Empero, no se imputó al acto la condición de manifiestamente ilegítimo o arbitrario. Tampoco se mostró, ni es evidente, el perjuicio invocado (v. gr. el actor tampoco sufrió retenciones sobre los conceptos discutidos). Nadie analizó la legitimación o competencia para actuar en interés de la autoridad previsional nacional, situación que pone en evidencia el punto 2 de la sentencia de 1era. Instancia, revocado por el *a quo*; cuestión cuya complejidad no es menor. A su vez, en relación con las diferencias salariales reclamadas, los jueces de mérito no aportaron razones que conduzcan a establecer por qué, en el caso, la dilación que entraña cualquier reclamo de derechos en sede judicial, a la que normalmente quedan sometidos los litigantes, debía ser sorteada en autos retaceando el mayor debate y prueba que admiten los procesos legislados como ordinarios. Ninguno de los supuestos sobre los que apoya su pretensión el actor es de aquellos compatibles con los recaudos del amparo conforme quedó desarrollado el tema en el punto precedente.

5. La Cámara corrigió la decisión de primera instancia en relación con la pretensión previsional retroactiva, pero confirmó el pronunciamiento en cuanto a las diferencias salariales reclamadas sin que el carácter remunerativo de los adicionales surja de los términos en que se encuentra redactada la normativa que los regula (conf. decs. 671/92, 742/93 y 763/93). Al respecto ha señalado la CSJN, para un supuesto análogo a la cuestión ahora considerada, que la percepción de una asignación por un alto porcentaje de empleados "no puede constituir ('de facto') el parámetro de 'generalidad' si (...) dicha asignación ha sido creada ('de iure') como una compensación particular" (conf. D. 78. XXXIV. "D'Amore, Carlos y otro c/Caja de Retiros, Jubilaciones Pensiones Pol. Fed. Arg. y otro", del 7/7/2006). Tal como sostiene el GCBA la Cámara no se expidió sobre la invocada discontinuidad del suplemento por conducción como contrapartida de la generalidad y habitualidad que le atribuyó el *a quo* por remisión a un precedente referido a suplementos no contemplados en autos. El demandado señaló que el cobro del suplemento por conducción no es "automático ni generalizado" (fs. 81 autos principales) y aunque la sentencia impugnada decide lo contrario no indica de qué prueba se vale para sostener su afirmación. Tampoco se expidió la Sala sobre la competencia de la autoridad local (excluido por la Sala I el tema previsional) para establecer el alcance de los componentes remunerativos del salario. En tal contexto, menos aún despejó el debate en torno a los motivos que permitirían calificar como

manifiestamente ilegítimo o arbitrario el obrar de la Administración que aplica el sentido literal de la norma de modo uniforme para todos sus empleados. Basta señalar, por ejemplo, que las diferencias reconocidas en concepto de SAC exigirían analizar la normativa local que lo regula en el ámbito del empleo público sin que, por tanto, resulte suficiente, ni *a priori* acertado, remitir a los términos de la LCT (véase considerando VIII de la sentencia de fs. 77, autos principales) cuando nada se dijo en torno a la identidad de los regímenes asimilados; el debate de autos, en esas condiciones, resulta insuficiente pues las cuestiones analizadas desbordan claramente el marco del proceso de amparo.

Esta causa tramitó como amparo sin que los jueces identificaran la existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegítimo o acreditaran que el derecho invocado no encontraría en los mecanismos regulares dispuestos por el legislador una vía idónea para despejar la controversia que acerca de él se ha suscitado entre las partes; tampoco quedó justificada, entonces, la posibilidad de contraer el debate ni la necesidad de imponer premura en el ejercicio de la defensa. Todo ello exhibe la mayor idoneidad de la vía legislada como ordinaria, en cuyo marco, el desarrollo del debate, comenzando con la exposición del derecho del actor, siguiendo con el mayor tiempo de estudio de que dispondría la demandada para responderla, el despliegue pleno de la prueba y el alegato sobre su mérito, posibilitan el debate sereno propio del ejercicio del derecho de defensa. En tanto el recurso identifica de modo suficiente por qué el reducido ámbito del debate propio del amparo afectó su derecho de defensa, y fue determinante para desembocar en una sentencia de condena, sus agravios no traducen una mera disconformidad con la procedencia formal del amparo sino que demuestran que el modo en que está organizado el trámite en el proceso de amparo no garantizó, en el caso, el desarrollo de un debate suficiente para resolver el litigio. A su turno, el recurrente logra mostrar que la integridad del derecho debatido no quedaría menoscabada por la utilización de los cauces ordinarios. Retomando el desarrollo formulado en el punto 3, en este pleito, el amparo resulta menos idóneo que los procesos ordinarios porque el impacto temporal de éstos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no aparece como suficientemente relevante en relación con la ventaja (aquí necesidad) de un debate y decisión más distendidos (punto 3.3).

A esta altura, recorridas tres instancias y transcurridos más de veintisiete meses desde el inicio de este pleito, los agravios del recurrente ponen en evidencia que no se ha sustanciado un debate que permita resolver la controversia de autos. Asiste razón al GCBA cuando objeta que la regulación de los suplementos impugnados sea calificada como manifiesta-

mente ilegítima o arbitraria, y aunque ello no es suficiente para emitir opinión sobre su legalidad, alcanza, en cambio, para imponer el rechazo formal del amparo sin restringir la potestad de reclamar por la vía pertinente, cumplidos los recaudos del caso. La solución que adopto no supone, entonces, emitir opinión acerca de la cuestión de fondo, puesto que de hacerlo, dado el acotado debate que se dio en la causa, quedaría inevitablemente afectado el derecho de defensa de alguna de las partes y, a su turno, el Tribunal quedaría compelido a abordar la cuestión en un marco inadecuado.

6. La situación descripta no queda superada por la existencia de precedentes del *a quo* emitidos en procesos ordinarios que abordan la temática analizada en autos (véase punto IV de la sentencia de fs. 31). Sería incorrecto suponer que son esos precedentes los que imponen al juez la convicción de que el juicio ordinario no brindaría mejores condiciones que el amparo para resolver la controversia. El fracaso de las defensas ensayadas en un juicio ordinario cuyo objeto pudiera estimarse similar no permite asumir como innecesario el desarrollo de un proceso de conocimiento pleno, menos aún descartar el mejor despliegue de defensas u otras defensas. Admitir lo contrario implicaría aceptar que la jurisprudencia opera como certificado automático de aptitud del amparo, escenario en el que quedarían sistemáticamente desplazados los cauces ordinarios sin que se verifiquen los presupuestos del art. 14 de la CCBA ni los recaudos analizados en el punto 3 de este voto. Además, y es esto lo que resulta dirimente, la invocación de precedentes jurisprudenciales no expande los efectos de la cosa juzgada. Por tanto, el legislador dentro del derecho de defensa del estado local reconoce la potestad para replantear defensas que fueron rechazadas en otros procesos.

Por todo lo expuesto, y oído el señor Fiscal General Adjunto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 94/98 (autos principales) y rechazar el amparo interpuesto por Manuel Jorge Parcansky. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Estimo que la queja, aunque parcialmente, debe triunfar y abrirse el recurso del GCBA por inconstitucionalidad (ley local 402, art. 27). A más de los requisitos formales de modo y tiempo, que han sido observados, ella contiene una crítica fundada de la resolución que rechaza el recurso, injusta en alguna de sus apreciaciones, según se verá.

2. El recurso de inconstitucionalidad se apoya en tres motivos diferentes que sustentan el agravio contra la solución de la sentencia de Cá-

mara que, objetivamente, resulta perjudicial para el GCBA. Quien demanda amparo no ha recurrido, razón por la cual todo se reduce a la sentencia de la Cámara y al recurso citado.

a) El primer motivo es claro: con una tesis denominada "amplia", la instancia de mérito aceptó el trámite excepcional del amparo como idóneo para responder a la demanda, a pesar de reconocer que existen procedimientos contencioso-administrativos específicos reglados para el caso. La tesis "amplia" es producto de la voluntad de quien decide y suple en la decisión, prácticamente, al procedimiento ordinario, de aplicación al caso. El demandado, desde su informe-contestación en primera instancia, impugna el procedimiento escogido, que califica como vía inidónea para resolver el diferendo, y requiere la aplicación del procedimiento ordinario, todo a la luz del art. 14 de la CCBA con sus requisitos de "ilegitimidad manifiesta" y de "daño inminente" para la procedencia de ese carril procesal.

b) El segundo motivo es más complejo y confuso. Bajo el rubro "arbitrariedad" son esbozados dos tipos de impugnaciones difícilmente discernibles. Uno de ellos, referido básicamente a *la calificación judicial* de "remunerativo" para el adicional por "conducción" (jefatura de una unidad funcional), que *la norma* titula como "no remunerativo", razón por la cual debió ser fundada su estimación de inconstitucional por la sentencia de mérito, para desechar su aplicación. Tal solución, a juicio del recurrente, no está fundada ni de hecho ni de derecho por parte de la sentencia atacada, que sólo recurre a argumentos dogmáticos sin prueba y sin interpretación suficiente.

El otro resulta ser la protesta porque toda la argumentación de la demandada al respecto fue despachada de manera por demás expeditiva, sin refutación alguna.

c) El último de los motivos se vincula con la teoría republicana de los tres poderes estatales independientes uno de otro, en tanto —se argumenta— la sentencia se entromete en facultades propias del Ejecutivo al regular su conducta y la relación con sus agentes.

3. La queja ha argumentado correctamente que la decisión de rechazar el recurso es meramente dogmática y de aplicación a éste como a cualquier otro caso que se presente: un "cliché", según se denomina en lenguaje vulgar del foro. Resulta claro que ello es así con relación al primer motivo (*a*, *supra*), pues la persona estatal contra la cual se requiere amparo indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella. La sentencia le fue adversa, clara razón por la cual se trata de un caso constitucional, tal como

lo enuncia el recurrente. Ésta es la razón principal por la cual la queja triunfa, al menos parcialmente.

También ella debe triunfar en relación con la aseveración de inconstitucionalidad de normas locales que califican como "no remunerativos" ciertos rubros del salario percibido por el actor, en razón de que la sentencia impugnada no las aplicó por estimarlas, precisamente, contrarias a la Constitución nacional y local. El recurrente, por lo contrario, requería la aplicación lisa y llana de esas reglas —que ya había aplicado durante el extenso período por el que se prolonga la relación de empleo público del actor— y sostiene que la calificación de inconstitucionales, sobre todo de aquélla que crea un suplemento por "conducción", es producto de una interpretación constitucional errónea. Según se observa, aquí también reside un caso constitucional que funda el recurso, más allá del término utilizado para designar el motivo.

Por lo contrario, no debe ser materia del recurso de inconstitucionalidad la pretensión del recurrente referida a la división republicana de los poderes del Estado local. El Tribunal ya ha expresado, en otros casos (ver "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 4304/05, resolución del 31/5/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4925/06, sentencia del 11/4/2007; y "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, resolución del 9/8/2006, entre múltiples otros casos), que éste es un motivo ficticio o aparente y, por ello, inadmisible. Tanto la Constitución como la ley es de la Ciudad, al receptar la independencia de los poderes del Estado, no sólo los divide sino que, además, crea modos de *control* entre ellos. Particularmente, tanto la Constitución local como las leyes emanadas de aquélla imponen el control judicial de los actos desarrollados por la Administración, imposición propia de un Estado de Derecho.

De tal manera, el recurso de queja procede parcialmente y corresponde abrir el de inconstitucionalidad por los motivos indicados.

4. En primer término, observo que aplicar las reglas del amparo significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, en este caso, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.). Al respecto, no es menester abundar en ejemplos pues, con sólo advertir que la demanda debería haberse trasladado efectivamente al demandado, en un plazo que, por tratarse del Estado, resulta significativamente mayor al ordinario; que tam-

bién debería haber existido un procedimiento probatorio y que la sentencia debería estar regida por el principio de la carga probatoria, disponemos de elementos suficientes para identificar las diferencias entre este contradictorio y aquél aplicado en el caso.

La Procuración planteó en su primera oportunidad procesal e insistió en todas las instancias posibles con el argumento de la ineptitud del amparo, antes tratado. Su argumentación, con la que concuerdo como principio, resulta por demás satisfactoria, pues es persuasiva al punto de demostrar que el procedimiento aplicado (reglado tan sólo de manera sumamente abierta y discrecional para quienes lo dirigen), colabora en propiciar falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes. Me refiero al hecho de que el art. 8º de la Ley de Amparo, aplicada al caso, sólo regula un informe objetivo de la autoridad que, supuestamente, infringe la norma y no representa un traslado de la demanda del actor, ni la iniciación de un procedimiento probatorio característico del juicio de conocimiento (ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba). Por lo tanto, el hecho de que la Procuración haya impugnado la aplicación del procedimiento del amparo al producir el informe de fs. 11/16 vta. y al apelar la decisión —favorable a la acción— del juez de primera instancia, que materialmente agraviaba a la Administración, me parece razón suficiente para exigir de la alzada los fundamentos por los que la vía del amparo es reputada idónea, más allá de la declaración general según la cual "la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio" (fs. 29 vta.). El amparo es, más allá de la interpretación laxa de la Cámara, un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales.

5. Creo que aciertan la señora jueza de trámite y el juez Luis Lozano tanto en la indicación de la inidoneidad de la vía elegida como en la estimación de que el caso feneció aquí con una decisión meramente formal —sin perjuicio de acciones posteriores— y sin necesidad de tratar todos los motivos expuestos y por los cuales yo estimo que debe abrirse el recurso.

Me adhiero a esas explicaciones, suficientes para revocar la sentencia. En efecto —explicado más sencillamente—, ni la ilegalidad es manifiesta, ni la lesión que sería su consecuencia aparece como inminente. Tiene razón el recurrente al explicar que por un largo período el actor aceptó, en el trato laboral con el recurrente, que las relaciones se rigieran por las normas hoy atacadas. A tal punto ello es así, que el verdadero motivo de preocupación para el actor reside en su haber jubilatorio y, en este sentido, en el hipotético caso de triunfar su opinión, tanto la Administración como él mismo resultarían eventualmente deudores del instituto que re-

cauda los fondos previsionales, en lenguaje vulgar, tanto él como el Estado local deberían "aportes" (correspondientes al mayor sueldo) a esa institución, para más, una institución nacional (no local), regida por leyes de jurisdicción federal. Por otra parte, la lesión tampoco es inminente, pues sólo derivaría, en el futuro, del haber jubilatorio —que el actor considera magro por no calcularse sobre la base del salario con esos rubros—, caso que no parece ser el planteado en la demanda de amparo, pues esta lesión derivaría, en su caso, de un acto administrativo extraño a nuestra jurisdicción (local, no federal) que debería ser atacado ante los tribunales competentes. La sentencia aquí obtenida sólo atañe al Estado local. Como se observa, la sentencia local no tendrá influencia alguna sobre el haber jubilatorio. A mi juicio, la demanda ha confundido los términos de su pretensión, pues, si claramente hubiera demandado mayores haberes, provenientes de reputar "remunerativos" rubros que, según la norma de creación, no lo eran, sin confundir todo ello con el haber jubilatorio, hubiera también advertido que la cuestión, en principio, es "de hecho y prueba", antes que puramente jurídica y, como tal, hubiera atacado a la Administración por otra vía y por períodos todavía vigentes.

6. Para concluir, las circunstancias apuntadas restan *perjuicio*, al menos inminente, a los derechos que la actora reputa lesionados o amenazados. Como lo señalan los jueces Ana María Conde y Luis Lozano, los problemas que ha tratado este amparo no son susceptibles de solución evidente y, mucho menos, como posibles de decidir, sin necesidad de un profundo estudio y debate acerca de los hechos y la normativa que conforman la materia sobre la que versa el litigio y sin una exhaustiva deliberación previa.

Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo, por regla, reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, *teóricamente*. Este litigio ha tomado ya más de dos años, circunstancia que, cuando menos, sugiere que al abuso permanente de esta vía "expedita y rápida" lo acompaña el riesgo de tornarla autofrustrante, al vaciarla de toda especificidad y permitir su elección a gusto del actor (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA

s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto; aun más recientemente, "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007).

Lo expuesto hasta aquí basta para advertir que el principal agravio de la Administración, la impropiedad de la vía elegida, resulta correcto y, por tanto, la sentencia debe ser revocada. La solución que adopto sobre este primer agravio me exime de mayor referencia a los demás. Su examen, por otra parte, me obligaría a abordar cuestiones que son ajenas a la competencia del Tribunal.

7. Por las consideraciones que anteceden, adhiero en sustancia al dispositivo propuesto por la señora jueza de trámite, a saber: *a)* admitir —tan sólo parcialmente— el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el Gobierno; *b)* revocar la sentencia de fs. 94/98 (legajo principal); *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por el Sr. Parcansky (art. 31, ley 402) y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los votos de mis colegas preopinantes, doctores Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier, en tanto sostienen coincidentemente que la acción de amparo elegida no resulta la vía idónea para tramitar una pretensión como la de autos (deducida a partir de una notificación al actor para que iniciara sus trámites jubilatorios —no reputada antijurídica— a fin de cuestionar el carácter no remunerativo de ciertos suplementos abonados al amparista en su carácter de Jefe de Departamento de un Hospital de esta jurisdicción).

2. En efecto, el GCBA ha logrado demostrar un agravio constitucional en ese punto y, tal como lo propician mis colegas, debe ser atendido.

En el *sub examine* no se encuentran reunidos los recaudos constitucionales exigidos para la procedencia del amparo (art. 14, CCBA), dada la imposibilidad de acreditar la existencia de *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* del accionar del GCBA y de un perjuicio *actual o inminente* que habilite esta vía. Por su parte, la demandada ha logrado exponer la complejidad del tema debatido y que, en ese contexto, la exigüidad de los plazos del cauce procesal elegido y las consiguientes limitaciones de la acción han redundado en un perjuicio concreto para su representada, al restringir significativamente su defensa y no permitir un debate pleno sobre las cuestiones de índole patrimonial debatidas.

Por las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; *b)* revocar la sentencia obrante a fs. 29/33 vta.; y *c)* rechazar la acción de amparo iniciada por el señor Manuel Jorge Parcansky, con costas por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en legal tiempo y forma efectúa una crítica concreta y consistente contra el auto interlocutorio que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

La Cámara no admite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA porque, según afirma a fs. 49/50, el recurrente no logró plantear un caso constitucional al defender una interpretación de ciertas normas del derecho común y una valoración de hechos y pruebas de la causa que difieren de las sostenidas por la Cámara en su sentencia.

En el marco del auto denegatorio el quejoso sólo pudo intentar una crítica aceptable de esa decisión volviendo, como lo hace, a los argumentos del recurso de inconstitucionalidad. Dicho en otros términos, en tanto el *a quo* se interna en el campo de la fundabilidad del recurso de inconstitucionalidad excediendo el control de admisibilidad que le compete, la queja tal como ha sido planteada se torna procedente.

Por las circunstancias expuestas corresponde tratar los agravios de fs. 34/47.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad anticipo mi opinión en el sentido de que corresponde su rechazo, toda vez que el GCBA no logra articular ninguna cuestión constitucional con capacidad para revertir la decisión impugnada.

3. El agravio en torno a la inadmisibilidad de la vía de amparo es inatendible.

El amparo no pierde su carácter de proceso de conocimiento, aun siendo un juicio plenario brevísimo, y por tanto permite la intervención útil del demandado.

Como en todo proceso jurisdiccional, el amparo satisface la matriz acusación/demanda, traslado, defensa/responde; habilita el examen y el debate acerca de la causa de la pretensión en sentido formal y material. La sentencia que resuelve el pleito, siempre que decida sobre el mérito de la controversia, reviste autoridad de cosa juzgada material.

En el recurso en análisis, el demandado no da razones que demuestren cómo y en qué medida la vía del art. 14 de la CCBA ha recortado sus posibilidades de éxito o ha perjudicado su derecho de defensa.

La insuficiencia argumentativa indicada se agrava porque siendo la cuestión debatida de puro derecho no se advierte cómo el Gobierno pudo haber visto afectado su derecho de defensa en juicio. ¿Qué fue lo qué no pudo alegar sobre el derecho disputado? ¿De cuál instancia refutatoria aplicable al caso se vio privado? El recurrente no lo indica y, desde luego, no es función de los jueces suplir a la parte en este punto. En verdad, el amparo interpuesto por el accionante habilitó un nivel cognitivo equivalente al de un proceso plenario.

Si luego de transcurridas las instancias ordinarias y en la etapa recursiva ante el Tribunal, se concluyera en que no se encuentran satisfechos los requisitos que habilitan la vía del amparo (a partir de establecer que los derechos del actor estaban afectados por un acto de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta) y que, por ende, el amparista deberá intentar ahora el reconocimiento de aquellos derechos por otra vía procesal, se produciría a mi entender en estas actuaciones un evidente dispendio de jurisdicción y se afectaría gravemente el acceso a la justicia tutelado por normas de jerarquía constitucional (conf. art. 8º, CADH). El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad opera como garantía del justiciable para acceder a una tutela urgente de sus derechos, y no como un mecanismo para sancionar el supuesto abuso de una forma procesal. El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Zaffaroni ha expresado con claridad en su disidencia *in re* "Granillo Fernández, Héctor Manuel c/Universidad de La Plata s/amparo", fallado por el Alto Tribunal el 10/4/2007 —caso que guarda analogía con el aquí planteado—, que "desde tales circunstancias, la cuestión presenta dos aspectos fundamentales para su examen: en primer término establecer si en el sub judice aún subsisten los requisitos jurisdiccionales exigidos por este Tribunal para pronunciarse, para luego determinar, conforme la extensa tramitación que lleva la presente acción de amparo, si en las presentes actuaciones, continuar demorando la decisión no genera una lesión en el derecho del amparista a obtener una decisión judicial eficaz y en un plazo razonable conforme lo requiere el perfil constitucional del instrumento procesal escogido. Que si bien en forma aislada, podría asistirle razón a la Universidad en cuanto la designación del actor en el cargo disputado no constituye un acatamiento voluntario y total a la resolución judicial impugnada toda vez que carece de la ratificación final, no puede soslayarse que en el caso adquiere una particular significación el tiempo transcurrido desde la promoción de la acción y los dos años que el amparista lleva en ejercicio del cargo en disputa. Que así planteada, la cuestión reenvía a la especial consideración de la tutela efectiva del justiciable, de modo que es menester introducirnos en autos ponderando el extenso tiempo transcurrido desde la promoción de la acción de amparo el 8/11/2001 a esta parte, y tal como surge de la lectura

de la causa, la abundante prueba producida y el amplio ejercicio del derecho de defensa que por igual han ejercido ambas partes, todo lo cual condujo al dictado de dos sentencias judiciales concordantes respecto de la admisibilidad de la pretensión amparada en las cuales no se advierte arbitrariedad alguna que las descalifique. Tal circunstancia debidamente integrada con la consolidada jurisprudencia según la cual las sentencias de esta Corte han de ceñirse a las condiciones existentes al momento de ser dictadas, aún en aquellos casos en que aquéllas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, llevan a decidir la confirmación de la sentencia puesta en crisis".

Ya he dicho que "La 'excepcionalidad' del amparo sólo puede entenderse como una especificación del principio de que, en un estado de derecho, también son o deberían ser 'excepcionales' las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción."(Conf. mi voto en Vera, Miguel Ángel c/GIBA s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad, expte. nº 843/01, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, p. 207.) Esta consideración no puede confundirse con la alarmante afirmación del recurrente que aduce que la "demora" en interponer un amparo prueba la falta de urgencia en la tutela del derecho de quien acciona.

Quiero insistir en que si una pretensión requiriera mayor debate y prueba —lo que no ocurre en estos actuados— hubiera sido atribución de los jueces ordinarios en uso de su facultades ordenatorias disponer otra forma de tramitación del proceso.

Sin embargo el tema que trae ante el Tribunal el GCBA —por la vía extraordinaria— carece de entidad constitucional toda vez que no está acreditada la violación de derechos o garantías constitucionales del recurrente. En verdad, el criterio que propone el demandado pone en riesgo la tutela efectiva de un derecho de quién acciona a través del amparo. Si se siguiera esa línea de argumentación, la consecuencia sería, por un lado, privar al actor de la posibilidad de tener rápidamente su "día en la Corte". Por el otro, exigirle —como a Sísifo— que desandara y volviera a iniciar el mismo camino de disputa y discusión que ya recorrió, con la única "razón" de que enderezó su reclamo bajo el nombre de amparo y no porque hubiera ausencia o limitación del debate.

4. El agravio vinculado a la naturaleza remunerativa del suplemento por función de conducción —declarado así en la sentencia de primera instancia y confirmado por la Cámara— dista de plantear un caso constitucional y sólo indica una diferencia interpretativa en torno a los alcances de una

norma infraconstitucional ajena a esta instancia extraordinaria. En este aspecto, comparto lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja y declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Costas a la demandada.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja y *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 94/98 vta. del expediente principal (copia agregada a fs. 29/33 vta. de la queja) y *rechazar* la acción de amparo interpuesta por el Sr. Manuel Jorge Parcansky (art. 31, ley 402).

3º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al juicio principal y, oportunamente, se devuelva a la Sala I de la Cámara de Apelaciones.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ASOCIACIÓN ARGENTINA DE AGENCIAS DE PUBLICIDAD C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Resolución que rechaza la excepción de falta de legitimación. Sentencia definitiva. Acreditación del perjuicio irreparable. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

Expte. nº 4889/06 - 12/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad (en adelante, "GCBA") interpuso recurso extraordinario federal (fs.171/189) contra la resolución del Tribunal (fs.147/168) que por mayoría rechazó su queja planteada a fs. 65/79.

El recurrente solicita que se abra la instancia extraordinaria federal con base en la doctrina de la CSJN de la arbitrariedad y aduce también que la resolución del Tribunal lesionó el principio de igualdad ante la ley, la autonomía de la Ciudad, su derecho de defensa en juicio y el debido proceso, así como que se afectó la forma republicana de gobierno y la seguridad jurídica, configurándose un supuesto de gravedad institucional.

2. La Asociación Argentina de Agencias de Publicidad (en adelante, "AAAP") contestó el traslado del recurso extraordinario articulado por el GCBA solicitando su desestimación, con costas (fs. 195/209).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 171/189 debe ser denegado. Aunque fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN, el recurso no está dirigido contra una sentencia definitiva.

2. En estos obrados, la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la resolución de la Sala I que hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la AAAP y rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la accionada.

Traída a consideración del Tribunal la queja planteada por el GCBA contra el referido auto denegatorio, se rechazó el recurso directo por no dirigirse contra una sentencia definitiva y por no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irreparable que permitiera su asimilación a una resolución de tal característica.

La decisión dictada por el Tribunal en estos actuados tampoco constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se encuentra habilitada la vía extraordinaria federal intentada por el recurrente. El pronunciamiento impugnado no pone fin al proceso ni impide su continuación.

Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la resolución que rechaza la excepción de falta de legitimación no reviste carácter definitivo ya que "no pone fin al pleito, no impide su prosecución ni tampoco causa gravamen de imposible reparación ulterior, lo que obsta a su tratamiento por vía del art. 14 de la ley 48" (doctrina que emerge de *Fallos,* 299:91, entre otros antecedentes en los que se cuestionaron deci-

siones que rechazaban excepciones previas).

Y, por fin cabe destacar que pese a sus esfuerzos argumentativos, el GCBA no logra demostrar de qué modo la continuación de las actuaciones le provoca algún gravamen de imposible reparación ulterior.

3. La ausencia del requisito referido en el apartado anterior sella la suerte adversa del remedio intentado. En consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA, con costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez preopinante, en tanto propicia desestimar el recurso extraordinario federal por no estar dirigido contra una sentencia definitiva. De este modo, los planteos formulados por el recurrente no permiten articular una cuestión federal.

2. Acompaño mi adhesión con la declaración expresa (*obiter dictum*) de no reputar admisibles los motivos de "arbitrariedad" y "gravedad institucional" introducidos y expuestos por la doctrina de la CSJN para abrir el recurso extraordinario federal, declaración que, en este caso, no juega papel alguno, pues el recurso intentado no reúne tan siquiera los elementos requeridos por la referida doctrina de la Corte para tener por configurados alguno de los supuestos que aquí comento.

3. Así, y en cuanto al "agravio" fundado en la presunta arbitrariedad manifiesta de la sentencia (fs. 184 vta./188 vta.), me importa enfatizar, como en múltiples casos anteriores, mi defensa de una posición particularmente estricta respecto de este reclamo como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). Sin embargo, más allá de mi personal posicionamiento en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, advierto que la recurrente, en su crítica de la sentencia, tampoco torna ostensible a través de la invocación de este motivo un déficit de fundamentación que permita invalidar el pronunciamiento en crisis como un legítimo acto jurisdiccional.

4. Para concluir, la alusión a la llamada *gravedad institucional* (fs. 173 vta./174 vta.) no resulta en modo alguno plausible en este contexto. Aun sin consentir esta doctrina, creada por la CSJN para ampliar su competencia en casos extremos y superar aquello que dio en llamarse *ápices*

formales para la procedencia del recurso extraordinario federal (conf. mi voto *in re* "Corne, Roberto Miguel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3827/05, resolución del 5/7/2005, punto 4), lo cierto es que es imposible imaginar, aun como simple ejercicio intelectual, un camino verosímil por el que pudiera fundarse el alegado peligro para los principios institucionales fundamentales que nos rigen, a partir del decisorio del TSJ que el GCBA critica.

5. Por las razones sucintamente expuestas en los puntos anteriores, corresponde denegar la concesión del recurso extraordinario federal intentado, con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez Dr. José O. Casás. Más allá de que el recurrente menciona los arts. 1º, 16, 18, 33 y 129 de la C.N., conforme el criterio expuesto en mi voto en la sentencia impugnada, la resolución recurrida sólo es equiparable a definitiva en lo que hace a los límites que atribuye a la competencia del poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ahora bien, la regulación local de dicha cuestión no es apta, por sí sola, para ser tratada por el recurso del art. 14 de la ley 48. En efecto, más allá de que tanto la Constitución Nacional como la local utilizan el término "causa" para delimitar la función de sus respectivos poderes judiciales, lo cierto es que la Ciudad, como cualquier provincia, puede escoger un criterio más amplio que la Nación para delimitar el universo de asuntos susceptibles de ser resueltos por sus jueces. No, en cambio, uno más estrecho. En el caso que nos ocupa el recurrente se agravia de que los tribunales locales han asumido una competencia más extensa que la prevista por la Constitución Nacional, situación que, por sí misma, carece de relación directa con las disposiciones constitucionales invocadas. Por ello, los agravios esgrimidos involucran una cuestión ajena a la competencia de la CSJN.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 171/189 cumple con los requisitos formales exigidos.

2. Conforme lo consignara en oportunidad de resolver la queja planteada a fs. 65/79 "la declaración autónoma de inconstitucionalidad de una norma no es, dentro del sistema difuso, un contenido posible de las sentencias: es indispensable que la norma cuestionada se aplique a un caso concreto" y "en tanto el planteo no involucra un debate jurídico admisible, por no desarrollarse en el marco de un 'caso', 'causa' o 'controversia judicial', corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar el archivo de las actuaciones".

Toda vez que tal conclusión no ha variado, no puedo considerar más que el recurso extraordinario debe ser concedido por verificarse la relación directa e inmediata entre las garantías constitucionales invocadas por la Procuración relativas al debido proceso y defensa en juicio y el asunto puesto a reparo del Tribunal.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 171/189, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como ya fue ordenado.

La jueza Alicia E. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXVI

"MISITI, ANTONIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCIDENTE DE RESTITUCIÓN DE EFECTOS EN AUTOS LONGOBUCCO, DANIEL S/INFRACCIÓN ART. 116, LEY 1472'"

RECURSO DE QUEJA. Requisitos de admisibilidad. Fundamentación. Autosuficiencia.

Expte. nº 5203/07 - 13/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Acude ante esta instancia el abogado Federico Alejandro Luis Lagorio (Tº 92 Fº 669, CPACF) mediante un escrito que tituló "Interpone

recurso ante el Tribunal Superior de Justicia", el que —según indica— se presenta en el marco de la causa que se sigue contra Antonio Misiti, individualizada con el nº 096-08/CC-2006 del registro de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

El presentante sostiene que los miembros de dicha Sala confirmaron la decisión del juez de primera instancia en cuanto no hace lugar a la solicitud de devolución de un teléfono celular, marca "Motorola", secuestrado en el allanamiento realizado el día 21/4/2006 en la Avenida Monroe nº 4966, piso 8º, depto. "E", de esta ciudad (fs. 1/3).

2. En esta presentación, el abogado señaló que la incautación del teléfono carecía de razonabilidad y que la decisión recurrida, además de invertir el *onus probandi* derivado del principio de inocencia, habría vulnerado los derechos de propiedad y comunicación de las personas. Por ello, solicitó al Tribunal que revocara el pronunciamiento recurrido y que ordenara, por consiguiente, "la inmediata restitución del bien en litigio" e hizo reserva de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 3).

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida, advirtió de modo preliminar que, ante la ausencia de indicación expresa, la presentación podría ser interpretada como una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado. En esa línea, entendió que aquella debía ser desestimada sin más trámite, por carecer del requisito formal de autonomía (art. 33, ley 402) y, además, que debía considerarse precluída la instancia por el deficiente cumplimiento del acto procesal, con costas (fs. 7 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El escrito de fs. 1/3 no identifica con claridad suficiente cuál de sus competencias busca que este Tribunal aplique (art. 113, CCBA y ley 402).

Por lo demás, tal como acertadamente lo señala el Fiscal General Adjunto, en caso de entender la presentación como una queja, no se encuentra fundamentada, no efectúa un desarrollo mínimo, claro y lógico de los antecedentes del caso, ni indica cuándo fueron dictadas las resoluciones que allí se mencionan de modo genérico, ni se señalan las fechas en las que aquéllas fueron notificadas; no se precisa si ha presentado un recurso de inconstitucionalidad ni cuál es el tipo de recurso que interpone, así como tampoco se acompañan las piezas fundamentales del incidente de restitución de efectos.

2. Por lo expuesto, voto por desestimar la presentación de fs. 1/3 y ordenar el archivo de las actuaciones.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

La demanda que antecede debió ser rechazada *in limine*. No sólo no se indica en ella con claridad cuál de las competencias del Tribunal pretende excitar, sino que, además, o bien no posee fundamentos, o ellos resultan ininteligibles, aspecto que se agrava por carecer también de otros agregados que definan, al menos, la decisión judicial que la demanda pretende —en principio— impugnar.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Más allá de que resulta imposible constatar qué tipo de recurso se ha pretendido interponer mediante esta presentación, esto es si se trata o no de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, lo cierto es que ella posee groseras deficiencias que impiden tener por satisfechos los requisitos de fundamentación y autosuficiencia, propios de cualquier impugnación ante esta instancia. En tales condiciones, sólo resta, en sintonía con el dispositivo propuesto por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, desestimar y archivar la presentación del letrado Federico Alejandro Lagorio y exhortarlo para que, en lo sucesivo, se informe acerca de los procedimientos regulados por la ley 402 (*BOCBA* nº 985 del 17/7/2000).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* el escrito interpuesto a fs. 1/3.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se archive.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta sentencia por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

En el mismo sentido se resolvió en la causa nº 5234/07, "Rainelli, Horacio s/recurso de queja en 'incidente de restitución de efectos en autos Longobucco, Adrián Claudio s/infracción arts. 116 y 117 ley 1472'", también del 13/6/2007.

LXXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN 'GCBA C/ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4972/06 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN 'GCBA C/ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL- OTROS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Declaración de incompetencia que sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local. Competencia federal. Sociedad del Estado. Gravamen irreparable. Sentencia equiparable a definitiva. Recurso ordinario de apelación. Exclusión de la multa para el cálculo del monto disputado en último término.

Expte. nº 4909/06 - 13/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las constancias acompañadas con las quejas que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) mediante la resol. 5881/DGR/2000 determinó diferencias a su favor en las liquidaciones del Impuesto sobre los Ingresos Brutos (en adelante: ISIB) presentados por la Administración General de Puertos S.A. (en adelante: AGP) por la suma de $ 11.101.918,99 (véase boleta de deuda de fs. 46/48) e impuso una multa a AGP por igual monto (véase boleta de deuda de fs. 169). AGP dedujo un recurso jerárquico que fue rechazado por resol. 1817-SHyF/03.

AGP impugnó dichos actos ante la justicia en lo contencioso administrativo federal (véase relato efectuado a fs. 34 vta. y, en especial, sentencia de fs. 239/240). La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal modificó la declaración de incompetencia del juez federal de primera instancia que atribuyó el caso al fuero civil y comercial federal y dispuso remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, por otra parte, ya había tomado intervención (fs. 239/240).

2. El GCBA inició dos juicios de ejecución fiscal tendientes al cobro de la deuda por el ISIB y de la multa, respectivamente, que se radicaron

ante el juzgado de primera instancia nº 8. En ambos procesos AGP planteó —en lo que aquí interesa— la excepción de incompetencia y reclamó la intervención de la justicia federal (en la ejecución del impuesto a fs. 34/41 vta. y en la multa a fs. 158/166 vta.).

Admitida las excepciones por el juez interviniente (fs. 32, por ISIB; y fs. 154, por la multa), el GCBA apeló las decisiones.

La Cámara de Apelaciones confirmó las sentencias (fs. 21/22, Sala II, por el ISIB; y fs. 265/270, Sala I, por la multa).

3. El GCBA planteó, contra ambas sentencias, recurso ordinario de apelación (fs. 24, ISIB; y fs. 274, multa).

En cuanto al recurso vinculado con la ejecución de la deuda por impuesto adeudado, la Sala II denegó su concesión "en razón de que el pronunciamiento apelado no constituye sentencia definitiva, por cuanto se circunscribe a la cuestión de competencia" (fs. 25).

Por su parte, la Sala I no concedió la apelación vinculada con la multa ya que "la suma cuestionada en autos no alcanza el mínimo legal de $ 700.000, necesario para abrir la vía de la apelación ordinaria" por tratarse de accesorios que no pueden ser computados dentro del importe mínimo citado (fs. 276).

4. En lo que atañe a la ejecución de la deuda por diferencias no ingresadas, el GCBA planteó el recurso de queja registrado bajo el nº 4909/06 (fs. 2/17 vta.). Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto, propició que se haga lugar a la queja, se revoque la resolución recurrida y se conceda el recurso ordinario de apelación deducido por la Procuración General (fs. 133/135).

5. El GCBA también efectuó una presentación directa contra la denegatoria de la apelación en la ejecución de la multa (fs. 143/152 vta.), que tramitó por expediente nº 4972/06, y se encuentra acumulada a la mencionada en el punto anterior (fs. 290). En su dictamen, el Fiscal General Adjunto se expidió por el rechazo de la queja (fs. 286/288).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Aunque interpuestas en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), las quejas no puede tener acogida favorable, aunque por razones diferentes a las expresadas por ambas salas de la Cámara de Apelaciones para denegar la concesión de las apelaciones.

2.a) En cuanto al recurso planteado en la ejecución de la deuda por diferencias no ingresadas del ISIB (expte. nº 4909/06), a diferencia de lo

decidido por la Sala II, el Tribunal, por mayoría, ya ha expresado en precedentes que aunque en principio las decisiones que resuelven sobre cuestiones de competencia no revisten el carácter de sentencias definitivas a los fines de los recursos de inconstitucionalidad y de apelación, sí corresponde equipararlas a tal tipo de sentencias cuando la declaración de incompetencia recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local (*in re*: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación ordinario denegado" en "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENCOTESA) s/ejecución fiscal", expte. nº 1892/02, resolución del 12/2/2003; también citados en el dictamen del señor Fiscal).

En el caso, las resoluciones de las instancias anteriores afirmaron la competencia del fuero federal para intervenir en el juicio, lo que importa la denegación de la jurisdicción local. En tanto esta cuestión no podrá plantearse en otra oportunidad ante el Tribunal, el gravamen para la actora es irreparable y permite equiparar la decisión recurrida a una sentencia definitiva a los fines del recurso ordinario de apelación.

2.b) En relación con la ejecución de la multa (expte. nº 4972/06) cabe señalar que si bien la decisión de la Sala I se ajusta al criterio establecido por la CSJN y por el propio Tribunal en precedentes, en cuanto excluye la multa para calcular el valor que se pretende disputar ante esta instancia, su aplicación al caso no resulta correcta.

En tanto esta ejecución tiene por único fin la percepción de una multa, ella no constituye un accesorio sino el objeto *principal* de la demanda, a los fines del art. 26 de la ley 7.

Es claro que la cuantía del crédito reclamado ($ 11.101.918,99, fs. 169) supera ampliamente la suma de $ 700.000 establecido como requisito para la admisibilidad del recurso ordinario de apelación.

3. Sin embargo, como lo anticipé en el punto primero, las quejas deben ser rechazadas, pero por otras razones.

Conviene precisar que la Procuración General sostuvo al apelar las sentencias de primera instancia, y lo repite al impugnar el fallo de la Cámara, que la incompetencia del fuero federal se encuentra firme y pasado en autoridad de cosa juzgada, como consecuencia de la resolución de la Sala V de la CNACAF referida en el punto 1 de las "resultas". Tanto la Sala II (punto 7 de los fundamentos de su sentencia, fs. 22) como la Sala I (punto VI de los fundamentos, fs. 269/270) desestimaron el planteo.

La recurrente no expresa una crítica razonada de ambas decisiones en lo atinente a esta cuestión. Antes bien, reitera su argumentación sin

cumplir con la carga de refutar las razones expuestas en ambas sentencias. Por mi parte, no advierto arbitrariedad en esa decisión que estimo sustancialmente correcta. A lo expresado en los fallos recurridos me permito agregar que el sistema de acciones procesales, regulado en el CCAyT y en el CF, admite que a partir de la resolución del recurso jerárquico contra el acto administrativo que determina el impuesto adeudado e impone una multa, bajo ciertas circunstancias, se inicien distintos tipos de procesos judiciales. Uno, que puede instar el contribuyente, para la revisión o anulación del acto administrativo. Otros, que puede iniciar el Fisco, para la percepción de los créditos por vía de ejecución fiscal. La legislación adjetiva dota a uno y otro proceso de características diferentes vinculadas con la finalidad de cada uno de esos procedimientos. Así, por ejemplo, quien se considera agraviado por el obrar de la administración puede en el proceso ordinario plantear cuantas pretensiones considere necesarias para la mejor defensa de sus derechos, inclusive la de inconstitucionalidad de las normas en que se funda el acto; en cambio en el juicio ejecutivo, las defensas que se permiten al demandado limitan el debate, para mantener la eficacia de este tipo de procesos. También el CCAyT y el CF asignan el conocimiento de esos juicios a diferentes tribunales: la ejecución fiscal tramitará ante los jueces de primera instancia, y la revisión del acto administrativo —a la fecha de interposición del recurso— ante la Cámara de Apelaciones por recurso directo. El planteo de la Procuración General no repara en las diferencias que existen entre la ejecución de una sentencia, cuya competencia suelen asignar las leyes al juez que la dictó (v. gr. art. 6º, CPCCN), y el proceso especial de ejecución fiscal que no se halla precedido de una sentencia anterior a ejecutar, sino que se inicia en base a un título ejecutivo, la boleta de deuda.

De tal manera, cualquiera que haya sido la posición de la AGP en relación a la competencia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a su demanda para la revocación del acto administrativo, ella no se extiende a las ejecuciones fiscales iniciadas por el GCBA. No se está ante un supuesto en el que resulte aplicable la prohibición de volver contra los propios actos, sino del ejercicio de una facultad (reclamar la competencia federal en razón de la persona) que la AGP puede articular o no en cada uno de los juicios en que ella actúa, sea como actora, demandada o tercero.

4. Aclarada la cuestión expuesta en el punto anterior, corresponde señalar que las quejas y las apelaciones planteadas por el GCBA traen a decisión del Tribunal una cuestión de derecho constitucional que resulta insustancial, ya que no se expresan en ellas nuevos argumentos que inten-

ten rebatir los fundamentos de la jurisprudencia anterior del Tribunal, materialmente coincidente con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vinculados con la interpretación del art. 116 de la C.N. en relación con la competencia federal en razón de las personas (véase TSJ *in re:* "GCBA s/recurso de apelación ordinario" en: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENCOTESA) s/ejecución fiscal", expte. nº 2093/03, sentencia del 2/7/2003, y las citas que en ellos se efectúan).

El criterio jurisprudencial resulta igualmente aplicable a la AGP por tratarse de una sociedad del Estado nacional (dec. nº 1456/87) ajena a la participación de capitales privados (art. 1º, ley 20.705), que actúa en la órbita de la Subsecretaria de Puertos y Vias Navegables de la Secretaria de Transporte del Ministerio de la Produccion (art. 1º, dec. 19/03 que dejó sin efecto la denominación "en liquidación") y que, hasta tanto se concrete su disolución dispuesta por el art. 2º del dec. 817/92, "tiene por objeto la dirección, administración y explotación de los puertos comerciales de la República, cuya gestión le haya sido confiada por el Poder Ejecutivo Nacional, y de las actividades anexas, accesorias y complementarias de estos fines" (art. 5º, Estatuto de Administración aprobado por dec. 1456/87), "las tareas de contralor del cumplimiento de las obligaciones de los Concesionarios de las Terminales Portuarias del Puerto de Buenos Aires", delegadas por los decs. 1194/94, 1195/94, 1196/94, 1693/94 y 2123/94, y "la obligación de mantener el dragado, señalización y balizamiento en el Canal de acceso y vaso portuario al Puerto de Buenos Aires, todo ello en el marco del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación Pública nº 6/93 para la *Concesion de Terminales Portuarias de Puerto Nuevo - Ciudad de Buenos Aires - República Argentina*" asumida por la Nación frente a los concesionarios de las Terminales Portuarias del Puerto de Buenos Aires, según se expresa en los fundamentos del dec. 19/03. Como es fácil advertir se trata de cuestiones que involucran los intereses del Estado nacional y justifican la prerrogativa de la jurisdicción federal que cabe reconocer a la ejecutada.

En suma, en tanto el GCBA plantea un agravio —común a ambas quejas— insustancial, las quejas deben ser rechazadas. La ausencia de este requisito no se suple por la invocación de disposiciones constitucionales, ni por la pretendida arbitrariedad o gravedad institucional del pronunciamiento.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. José O. Casás.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. A pesar de haber sido interpuestas en legal tiempo y forma, ambas quejas deben ser rechazadas.

2. En cuanto a la queja deducida en el proceso de ejecución de la multa (expte. nº 4972/06), corresponde aplicar al presente caso lo establecido por este Tribunal *in re* "Ingeniería Gastronómica S.A. c/Dirección General de Rentas" (expte. nº 3226/04), sentencia del 17/3/2005, doctrina coincidente con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Establecimiento Modelo Terrabusi", del 27/9/2001 (*Fallos*, 324:3083); "San Martín", del 21/8/2003; "Club Atlético Vélez Sarsfield", del 8/9/2003 (*LL,* 9/1/2004, p. 3); y "Hotel Presidente", del 23/3/2004 (*LL,* 31/5/2004, p. 6).

En "Ingeniería Gastronómica" sostuve que el recurso de apelación ordinaria, regulado por el art. 26 de la ley 7, ha sido consagrado con la finalidad de que este Tribunal revise con amplitud aquellas sentencias que pudieran comprometer el patrimonio del Estado de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto, la multa no está comprendida dentro del concepto de "valor disputado" a los efectos de admitir formalmente el recurso de apelación ordinaria ante este Tribunal, ya que en esos casos no se encuentra comprometido de manera alguna el patrimonio de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual priva al recurso ordinario de apelación de todo fundamento teleológico.

Para arribar a esa conclusión, afirmé que las multas tienen un carácter eminentemente represivo, no resarcitorio, por lo que la imposición de una multa fiscal nunca puede tener por finalidad recomponer el patrimonio estatal agredido. Dicho objetivo se logrará con el pago por parte del contribuyente infractor del capital adeudado más los intereses resarcitorios y/o punitorios contemplados en las normas fiscales.

Por estos argumentos, y concordantemente con lo expresado por la Cámara al rechazar el recurso de apelación ordinaria, propongo que se rechace la queja articulada.

3. Respecto de la queja deducida en el proceso de ejecución de la deuda por diferencias no ingresadas del ISIB (expte. nº 4909/06), considero que debe ser rechazada por los motivos expuestos por el Dr. Casás en los apartados 2.a, 3 y 4 de su voto, a los que adhiero.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Tal como yo entiendo el caso, su contexto puede sintetizarse de la siguiente manera:

a) Ha existido o aún existe un acto administrativo de determinación de deuda por parte de la Ciudad de Buenos Aires (su D.G.R.), impugnado ante los tribunales federales en lo contencioso administrativo por la Administración General de Puertos (en adelante: AGP). La demanda respectiva provocó oportunamente la declaración de incompetencia del juez federal con competencia en esa materia, a favor de los tribunales en lo civil y comercial federales. Recurrida la decisión —aparentemente por el actor— la Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo reformó esa decisión en el sentido de determinar la competencia de la justicia contencioso-administrativa local, de la Ciudad de Buenos Aires. Hasta allí lo conocido de ese pleito, incluso por informe del actor, el GCBA, en los litigios ejecutivos originados en la deuda oportunamente determinada (decisión impugnada) y hoy soporte de esta intervención del TSJ. La disposición de la Cámara Federal que citamos representa el argumento del actor.

b) Por otro lado, el GCBA libró los respectivos certificados de deuda conforme a su decisión administrativa y, por razones estratégicas que desconozco, inició dos demandas ejecutivas: una responde al impuesto adeudado y otra a la sanción de multa impuesta. En esos dos procedimientos, ambos pendientes ante el mismo juzgado local en lo contencioso-administrativo y tributario, el juez a cargo admitió la excepción de incompetencia del demandado, con la pretensión de que los juicios ejecutivos tramiten ante la justicia federal. Esas decisiones fueron apeladas por el GCBA y ambas fueron confirmadas por la Cámara de apelaciones en lo contencioso-administrativo y tributario, aunque por intermedio de dos salas distintas. Contra esas decisiones se dirigen recursos de inconstitucionalidad rechazados, que provocan dos quejas (hoy unidas y a resolver aquí).

2. Explicada así la cuestión a entender, me parece claro que ella enmarca en el rechazo de las quejas —y por consiguiente de los recursos interpuestos— según la opinión que yo fijara en el expte. nº 726/00 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo" y repitiera en el expte. nº 4591/06 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)": "En mi opinión, la decisión que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. En verdad, como sucede en este caso, tal decisión, cuando alcanza la última instancia permitida por las leyes

procesales —para el caso, el tribunal de apelación por la facultad de recurrir con ese recurso la declaración de incompetencia del juez contravencional—, puede plantear, eventualmente, si el tribunal en disputa no admite la competencia que le es adjudicada unilateralmente por otro tribunal —o cuando, por lo contrario, ambos tribunales se declaran competentes—, un conflicto de competencia que debe ser resuelto por un tribunal específico, el primer tribunal común a ambos, en este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De tal manera, lo que hasta ahora ha sucedido ha sido la resolución que pone fin a la mitad de un eventual problema de competencia, y no es posible, por la vía de declarar a esa resolución como definitiva o equiparable a una decisión de este tipo, transformar las reglas que debe seguir un problema de competencia según la ley".

3. Resta sólo aclarar que, según jurisprudencia unánime del Tribunal (ver, por ejemplo: sentencias TSJ *in re*: "Playas Subterráneas c/GCBA s/impugnación de actos administrativos, expte. nº 860/01, sentencia del 9/4/2001; "GCBA c/Administración General de Puertos s/queja por denegación de recurso de apelación ordinario", expte. nº 1151/01, sentencia del 4/10/2001; GCBA s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: Telecom Argentina STET France Telecom S.A. c/GCBA s/nulidad de acto administrativo", expte. nº 1252 SAO, sentencia del l9/l2/2001), el recurso de apelación ante el TSJ, previsto sólo para litigios de envergadura, que superen cierto valor, como los que hoy nos toca decidir, sólo es posible contra la sentencia definitiva que le pone fin al pleito.

Por ello, me pronuncio por rechazar las quejas en trámite, interpuestas por el GCBA, o —significa lo mismo— por confirmar el rechazo de los recursos interpuestos por el GCBA ante la Cámara en lo Contencioso-administrativo y tributario local.

Por ello, emitidos los dictámenes del señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* los recursos de queja por apelación denegada, planteados el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 2/17 vta. y fs. 143/152 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las quejas para que sean agregadas a los autos principales.

La jueza Alicia E. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXVIII

"LATA, JORGE MARIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4932/06, "LATA, JORGE MARIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LATA, JORGE MARIO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Facultad discrecional de la Administración para denegar la licencia profesional de conducir cuando el solicitante acredita antecedentes penales. Aptitud psicológica. Cuestiones de hecho y prueba.

Expte. nº 4942/06 - 13/6/2007

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Jorge Mario Lata promovió una acción de amparo con la finalidad que se ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (DGEVyL) que le "otorgue la licencia profesional para conducir clase D2 en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 707-DGEVyL-2000, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes" (fs. 1/12 vta.).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó al GCBA que concediera al actor la licencia solicitada.

2. La sentencia fue apelada por la parte demandada. La Sala I de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, resolvió: "Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia apelada —en razón de la modificación del régimen jurídico aplicable al caso— y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo interpuesta" (fs. 270/275).

3. La parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad a fs. 285/296 vta., cuyo traslado fue contestado por el GCBA a fs. 301/312. La Sala interviniente concedió parcialmente el recurso y lo denegó por la causal de arbitrariedad (fs. 314/ vta.).

4. El actor interpuso ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 325/340.

El Fiscal General Adjunto propicia que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad y se deje sin efecto el fallo recurrido ya que entiende que la Cámara aplicó erróneamente la norma vigente al tiempo de la sentencia que prohibía otorgar la licencia a quien contase con determinados antecedentes penales. Ello así, dado que aquellos antecedentes que registraba el actor habían caducado con anterioridad a ese pronunciamiento y, por lo tanto, la regla no era aplicable al caso (fs. 347/351).

5. Posteriormente, el actor presentó ante el Tribunal documentación tendiente a acreditar que no registra antecedentes penales y solicitó que se declare abstracta la cuestión referida a la existencia de impedimentos para la concesión de la licencia y que se revoque el fallo recurrido (fs. 352/354 vta. y 365/367). De la presentación se dio traslado a la Procuración General quien consideró que, de ser ciertas las circunstancias informadas por el amparista, "habrá de declararse abstracta la cuestión" (fs. 376). Posteriormente, el actor presentó una certificación actual y en original del Registro Nacional de Reincidencia en la que consta que "no registra antecedentes penales a informar por esta Repartición" (fs. 378).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Conforme a la regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando son pronunciadas, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos,* 311:787; 310,112; 315:2074; 318:342*,* entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local), debo señalar que la pretensión objeto de esta demanda —orientada a lograr que el GCBA expida en favor del actor una licencia profesional de conductor— no se rige hoy día por el dec. 331-GCBA/04 —valorado por la alzada para revocar la sentencia de primera instancia y rechazar la acción deducida—, sino por la ley 2148.

2. En efecto, la prohibición rígida que establecía el art. 1º el dec. 331/04: "Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con ar-

mas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público", fue modificada por el art. 3.2.15 de la ley 2148 que ahora establece una facultad discrecional para la Administración: "...*Se puede denegar* la licencia..." cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior.

La trascendencia de esta modificación fue considerada en un reciente pronunciamiento del Tribunal, al que me remito en homenaje a la brevedad (*in re*: "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007).

3. A ello se suma que tampoco los hechos considerados por las instancias anteriores son los mismos. Según consta en el informe del Registro Nacional de Reincidencia (fs. 378), en la actualidad el señor Jorge Mario Lata no cuenta con antecedentes penales informables.

4. El acto administrativo que motivó el inicio de la presente acción de amparo (disposición nº 707-DGEVyL-2000) denegó la licencia de conductor solicitada por poseer su peticionante antecedentes penales (conf. copia obrante a fs. 43). Sin embargo, hoy esos antecedentes penales ya no pueden ser tenidos en cuenta por el GCBA a los fines que al actor interesan, en atención a lo informado por el Registro Nacional de Reincidencia. En consecuencia, entiendo que no subsiste ninguna razón que justifique un pronunciamiento del Tribunal toda vez que, cualquiera que sea la interpretación que se efectúe del art. 3.2.15 de la ley 2148, el mismo no resulta, a la fecha, aplicable a la situación del actor.

5. Ahora, el interesado podrá requerir a la autoridad administrativa competente la licencia de conductor profesional que pretende, sin que ella pueda esgrimir impedimentos semejantes a los utilizados en la disposición nº 707 para denegar la solicitud —aunque sí deberá ponderar, lógicamente, si el Sr. Lata cumple en la actualidad con los restantes requisitos que el ordenamiento exige para otorgarla—.

Por todo lo expuesto, corresponde dar por terminado el juicio, devolver el expediente al tribunal remitente para su archivo e imponer las costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Sucede aquí un caso que presenta algunas similitudes con el precedente "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de

inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, resolución del TSJ del 21/3/2007. De acuerdo con mi interpretación, no se trata de que el problema del actor se haya solucionado y el litigio haya perdido actualidad. Por lo contrario, el Sr. Lata no ha obtenido la renovación de su licencia de conducir —solicitada el 21/9/2000 (fs. 1 vta.)—, que resultó denegada por disposición nº 707-2000 de la DGEVyL, en razón de lo cual los agravios oportunamente planteados en su recurso de inconstitucionalidad de fs. 285/296 vta. y la pretensión misma ("[s]e admita la acción de amparo interpuesta y se disponga que la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA me otorgue la licencia profesional clase D2, oportunamente solicitada...", fs. 296 vta.), subsisten plenamente. Con otras palabras, no debe confundirse la permanencia de la pretensión del amparista —obtener la licencia de conductor— con una de las condiciones de posibilidad para su efectivización, según lo dispuesto por el dec. 331/04, ya derogado —que el solicitante no acredite antecedentes penales por los delitos previstos en la norma—.

La segunda cuestión, en modo alguno la primera, es la que ha perdido actualidad. Ello así, en primer término, por la sustitución de la modalidad imperativa contenida en el dec. referido ("Debe denegarse...") por la modalidad potestativa ("Podrá denegarse...") en el art. 3.2.15 de la ley 2148, actualmente en vigencia (ver el punto 2 de mi voto en "Pérez", ya citado); en segundo lugar, porque, como lo refiere el señor juez de trámite, en el presente el Sr. Lata no parece registrar antecedentes penales informables.

2. Sin embargo, acepto que se trata de una pretensión oblicua de inconstitucionalidad (referida a la interpretación de la Alzada en tanto reconoce efectos retroactivos al dec. individualizado *supra*) que, es correcto señalar, hoy carece de sentido, puesto que, como lo hemos dicho, el dec. 331/04 —que aparecería impugnado indirectamente en el recurso del modo antes explicado— contiene una regla que "...no conserva su vigencia, o, cuando menos, no la conserva en el mismo sentido para resolver este caso, pues ella ha sido reformada por la actual ley local de tránsito vigente 2148. Si, como creo que es correcto, la situación a resolver en el recurso por inconstitucionalidad se debe decidir conforme a la posición del orden jurídico al momento del fallo, resulta claro que la discusión sobre la constitucionalidad de una norma derogada, que no rige, además, caso futuro alguno, carece de sentido" (ver punto 3 de mi voto en "Pérez, Ariel", cit.).

3. Ninguna de las razones del amparista acerca de la lesión constitucional que implica el decreto derogado resultan sencillamente trasladables

a la nueva ley local 2148. Por lo demás, tampoco parece aplicable, por las razones ya explicitadas en el punto 1, el supuesto fáctico sobre cuya base decidiera la Cámara en el pronunciamiento criticado.

4. Por las observaciones que anteceden, el recurso del amparista carece de sentido con relación a la competencia del Tribunal. La sentencia denegatoria del amparo adquirirá firmeza por esta razón, y el amparista deberá, en este nuevo contexto, solicitar nuevamente la licencia de conductor, de conformidad con su nueva situación y con la del contexto fáctico y jurídico en el cual se halla. En consecuencia, propicio un dispositivo que implique rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Lata y distribuir las costas por su orden (CCBA, 14).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El Sr. Jorge Mario Lata inicia este amparo a fin de que "[s]e ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCABA que me otorgue la licencia profesional para conducir clase D 2, en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 707-DGEVyL/00, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes". Ello por cuanto, según relata, le fue denegado el acceso a la licencia de conducir clase D de un modo que compromete derechos garantizados por la constitución local y nacional.

2. Las características de la pretensión articulada exigen formular algunas precisiones destinadas a enmarcar la solución requerida por el recurso de inconstitucionalidad concedido a fs. 314.

El actor, en lo que ahora interesa, impugna la aplicación del dec. 331/04 para analizar la validez del acto administrativo que le denegó la renovación de su licencia porque esa norma no existía cuando se emitió el acto cuestionado ni dispuso su aplicación retroactiva (véase fs. 285/296, 328 vta., 332 y 333 vta./335).

2.1. En primer término, el otorgamiento de la licencia para conducir está organizado por el legislador como una función administrativa. Dentro de esa categoría, la enunciada es de aquellas actividades calificadas como regladas, en tanto la autoridad de aplicación debe sujetarse a los textos legales que la limitan; es decir que frente a circunstancias de hecho determinadas a nivel normativo, la Administración debe proceder en la forma señalada por el legislador. Cuando los jueces controlan la legitimidad de los actos emitidos en ejercicio de facultades regladas, lo hacen a la

luz de las circunstancias de hecho y de derecho a las que debieron conformarse. Es éste el marco conceptual que comprende, en teoría, a situaciones como la de autos, y permite deslindar los espacios de actuación de la Administración, del juez y por ende, también, aquello que puede ser solicitado a los jueces como contenido de una sentencia que hace lugar a la demanda. En este orden de ideas, resulta indisputable que no compete a los jueces emitir registros de conducir, aun cuando puedan establecer si la Administración ha trasgredido los límites que la ley fija para denegarlos.

2.2. En autos no viene discutido el alcance asignado a la pretensión por los jueces de mérito, a quienes corresponde, por regla, definir el punto de modo privativo. Sin embargo, ello no impide aclarar que en tanto el propio actor ligó la orden judicial requerida a la "previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes", la actividad jurisdiccional quedaba orientada a controlar la causa del acto administrativo cuestionado para, en su caso, remover el obstáculo jurídico ilegítimo (v. gr. limitación inconstitucional del acceso al registro de conductor profesional) y ordenar que, con prescindencia del fundamento descalificado en sede judicial, la Administración se pronunciase en el marco de su competencia y sin otra restricción que la apuntada. Asumir ello sin perder de vista, además, que el alegado carácter alimentario vinculado con el derecho debatido, pudo provocar alguna flexibilidad del contenido esperable de la sentencia, como contrapartida de la pretensión, es suficiente para tener por configurados los presupuestos de actuación judicial que condicionan la intervención de este estrado. La diferencia entre el contenido de la sentencia que puede ser requerida al juez cuando se excita el control judicial de una actividad administrativa reglada, y aquel otro más flexible que asumo atribuyeron los jueces de mérito a la pretensión de autos, reside en cuál es el régimen jurídico cuya validez se analiza para determinar la legitimidad del acto cuestionado. Frente a la pretensión de la actora orientada a que se ordene a la DGEVyL que "otorgue la licencia profesional para conducir clase D2" y no solamente a que se anule la disposición 707-DGEVyL-2000, el *a quo* verificó si las restricciones normativas para acceder a la licencia denegada al actor subsistían en el régimen vigente y controló su validez constitucional a la luz de los planteos formulados en el escrito de inicio.

Aunque la cuestión proyecta consecuencias de importancia en torno a las condiciones de hecho y de derecho que el juez debe valorar para resolver la controversia, el recurso bajo análisis, como se verá, impone reconducir la discusión en un sentido que, si bien, justifica la formulación de las consideraciones anteriores no exige, en cambio, profundizar su desarrollo.

3. En efecto, la denegatoria de la licencia impugnada, según indica la parte actora, no obedeció exclusivamente al hecho de que el Sr. Lata registrara antecedentes penales sino también a la circunstancia de que la "Evaluación Diferenciada del Perfil Psicológico" indicó que el recurrente "no se encuentra apto para renovar licencia profesional (D1/D2)" (fs. 11 vta.).

3.1. En relación con lo primero, en un pronunciamiento posterior a la sentencia impugnada este Tribunal se expidió sobre la validez constitucional de un régimen similar al valorado por el *a quo* cuyos fundamentos, a los que remito en honor a la brevedad, bastarían para desplazar los motivos usados por la Sala I para fundar el rechazo del amparo como pretende el recurrente [conf. TSJ *in re* "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007].

3.2. Sin perjuicio de ello el precedente aludido, luego de indicar que convertir los antecedentes penales en automático impedimento para obtener la licencia de conducir vulnera mandatos contenidos en la Constitución de la Ciudad y de la Nación, también señaló que compete al poder administrador establecer las medidas tendentes a mostrar la relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, brindando con ello, razonabilidad a la reglamentación que restringe el acceso de quienes ostentan determinados antecedentes penales a licencias de conducir clase D 1 y 2. Entre esas medidas, el test psicológico fue especialmente considerado.

Surge de los dichos del recurrente que el GCBA habría motivado la decisión de denegar la licencia requerida en la falta de aptitud psicológica del Sr. Lata. En tal sentido, en el escrito de inicio el accionante señaló: "(...) también, se me ha negado la licencia profesional peticionada en virtud de lo expresado en el informe psicológico que obra a fs. 61 del expte. adm. nº 13.537/03, *solicito se me realice una nueva evaluación psicológica de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de la reglamentación del art. 14 de la ley 24.449 que expresa:* 'Cada examen establecido en este artículo es eliminatorio y se realizarán en el orden del mismo. Los reprobados en el teórico o en el práctico, no pueden volver a rendir antes de los *treinta* (30) días'" (fs. 11 vta., sin negritas en el original). A su vez, el actor agregó a la causa un psicodiagnóstico, fechado el 1/7/2003 y atribuido al Hospital de Emergencias Psiquiátricas "Torcuato de Alvear", según el cual no presenta "indicadores psicopatológicos al momento actual" (fs. 83) en línea con la pretensión de que "[s]e ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCABA que me otorgue la licencia profesional para conducir clase D 2 (...)" (fs. 12 vta.).

Este punto que el *a quo* no necesitó resolver al rechazar el amparo, cobra actualidad en razón de lo antedicho. Además, por sus características, exige valorar cuestiones de hecho y prueba cuya pertinencia para la solución del pleito no quedó desconocida en la causa. Sobre esto último nada podría decir el Tribunal antes de que el *a quo* analice la prueba, defina cuál es el alcance que pudo atribuir la Administración a las evaluaciones psicológicas producidas en el año 2003 y cómo ellas se proyectan sobre la validez de disposición 707-DGEVyL/00, ratificada por resol. 261-SSTyT/03.

En el contexto reseñado, no se dan las condiciones bajo las que el art. 31 de la ley 402 permite al Tribunal resolver el fondo del pleito luego de revocar la sentencia impugnada. Ello así, pues subsiste en autos una pretensión sin resolver cuya solución excede el marco del recurso planteado, en tanto impone expedirse sobre materia de hecho y prueba. Deberá entonces la Cámara resolver el punto previo a la intervención que pudiera corresponder, verificados los recaudos pertinentes, a este Tribunal.

4. Finalmente, nada de lo dicho obsta a que, conforme a las circunstancias de hecho actuales, de las que da cuenta el certificado agregado a fs. 365 y de aquellas que se pretendió probar con la constancia expedida por el Hospital Torcuato de Alvear —que habría sido emitida con posterioridad a la evaluación psicológica realizada en el ámbito de la DGEVyL— el Sr. Lata formule un nuevo pedido en sede administrativa bajo la inteligencia que a la ley 2184 atribuye el precedente "Perez" ya citado.

Por todas las razones dadas, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de fs. 270/275 que rechazó el amparo para que la Sala II CAyT emita un nuevo pronunciamiento en relación con las cuestiones pendientes por cuanto, aunque el *a quo* estrictamente no se pronunció sobre el tema, sus consideraciones no resultan por completo ajenas a la materia objeto del reenvío, y ello aconseja preservar las condiciones de mayor imparcialidad posibles. El modo en que se resuelve torna innecesario expedirse sobre la queja obrante a fs. 325/340. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar*, por inoficiosos, los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por Jorge Mario Lata. Costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXIX

"BRUNO, MARÍA SOLEDAD S/QUEJA POR RECURSO DENEGADO EN 'BRUNO, MARÍA SOLEDAD C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Requisitos de admisibilidad. Recurso de queja por denegación de justicia. Sustitución de las vías recursivas previstas para acceder al Tribunal Superior de Justicia.

Expte. nº 4997/06 - 13/6/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Soledad Bruno inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires —Secretaría de Salud— Dirección General de Desarrollo de Recursos Humanos de Salud - Dirección General de Regulación y Fiscalización, con el fin de que se declare la suspensión del acto administrativo que da por concluido el Concurso para Residencias y Concurrencias 2006 con la adjudicación de los cargos en el área Salud Mental Psicología Clínica y Psicología Clínica Infanto Juvenil, hasta tanto se revea y se decrete la nulidad del acto administrativo que deniega la viabilidad de las apelaciones en el área Salud Mental Psicología Clínica y Psicología Clínica Infanto Juvenil y que hace al ranking o mérito para la distribución de los 38 cargos rentados por los cuales se concursa (fs. 1/6 autos principales). Sostuvo que se encuentran violados su derecho a trabajar, a la igualdad y el derecho a la legalidad.

Al presentar el informe en los términos del art. 8º de la ley 16.986, el GCBA solicita el rechazo de la acción por considerar que el amparo no es

la vía más apropiada para discutir el tema, que no existe en cabeza de la amparista un derecho cierto, líquido y preexistente que la autorice a solicitar la suspensión del acto, y que el GCBA se ha limitado a dar estricto cumplimiento con las normas establecidas en la Carrera de Profesionales de la Salud, por lo que no existiría arbitrariedad e ilegalidad manifiestas (fs. 1/5).

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo declarando nulo el acto administrativo que dispone el ranking o mérito, debiendo en consecuencia, la Dirección de Capacitación y Desarrollo de la Secretaría de Salud evaluar puntualmente las observaciones efectuadas por la Sra. María Soledad Bruno, y en base al resultado resolver en consecuencia (fs. 11/13). Para así decidir, tuvo en cuenta que, si bien la demanda afirmó haber dado estricto cumplimiento con las normas establecidas en la Carrera de Profesionales de la Salud, "no surge constancia alguna del dictamen que, previa consideración, debía emitir la Dirección de Capacitación y Desarrollo respecto de las apelaciones realizadas por los concursantes..." (fs. 13).

3. Contra esa resolución el GCBA planteó recurso de apelación (fs. 14/18).

La Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario resolvió revocar la sentencia apelada y rechazar el amparo, con costas en el orden causado (fs. 25/26). Consideró que un pronunciamiento "que deja sin efecto un acto administrativo que involucra a un grupo de 38 personas hubiera debido ser fundado en la prueba acabada de la ilegalidad o arbitrariedad del actuar de la demandada" y que "pretensiones como la de la actora requiere un mínimo de actividad probatoria de modo de poder comprobar el real interés en demostrar su derecho, así como la existencia del vicio imputado a la autoridad administrativa."

4. A fs. 153 de los autos principales, la Sra. Bruno "Interpone Aclaratoria", solicitando que se "aclare lo resuelto" y "se le ordene al *a quo* que revise los pasos procesales y se ordene la apertura a prueba"... "a fin de que luego de producida la misma se expida sobre la cuestión de fondo".

Previo a ser resuelto el recurso de aclaratoria, la Sra. Bruno interpone recurso por denegación de justicia solicitando que se encomiende la producción de la prueba, o de considerar que el accionar el juez de primera instancia fue correcto, se revoque la sentencia de segunda instancia (fs. 156/158 autos principales).

5. La Cámara decidió rechazar ambos recursos por considerar que la solicitud de la actora excedía el marco definido para el recurso de aclara-

toria (fs. 162), y con relación al recurso por denegación de justicia ordenó que "ocurra por la vía que corresponda" (fs.161).

6. Llegan estas actuaciones al Tribunal Superior para resolver el recurso de queja por recurso denegado interpuesto por la Sra. Bruno (fs. 33/37).

7. El Fiscal General Adjunto en su dictamen propicia el rechazo de la queja (fs. 45/46).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. Constituye requisito de admisibilidad de la vía intentada satisfacer la carga de indicar de manera precisa cuál es el órgano jurisdiccional autor, por acto y omisión, de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia (art. 36, inc. 1º, ley 402), y explicar por qué no se puede ocurrir a otra vía procesal o por qué, si la hubiera, ella sería ineficaz o ineficiente (art. 36, inc 3º, ley 402). Ninguna de las dos exigencias ha sido cumplida de manera idónea por el presentante.

La recurrente sólo se limita a afirmar que "no puede tolerar que se violen derechos constitucionales receptados tanto en la Constitución Nacional como en la de la Ciudad como lo es la *garantía de defensa en juicio* ya que pone en cabeza de la amparista las valoraciones efectuadas por el Juez a cargo del Tribunal de Primera Instancia para dictar sentencia en vez de ordenar la apertura a prueba" (fs. 34 vta., resaltado en el original).

3. Por otra parte, se advierte que alegando la denegación de justicia, la Sra. Bruno pretende que se deje sin efecto una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones que le resultó adversa.

El requerimiento efectuado al Tribunal para que encomiende al *a quo* la producción de prueba, pone de manifiesto que se acude a este remedio para obtener un pronunciamiento para el que la ley no lo ha dispuesto, a saber: la revocación de la sentencia dictada en la instancia anterior. El control que este Tribunal realiza de las sentencias de los tribunales inferiores se efectúa, si corresponde, a través de los recursos de inconstitucionalidad o apelación ordinaria (art. 113, incs. 3º y 5º, respectivamente, CCBA) que llegan a su conocimiento una vez concedidos por los tribunales de instancias anteriores, o por recursos de hecho, cuando ellos han sido denegados.

En este sentido, el Tribunal ha expresado, en reiteradas oportunidades, que si la resolución era pasible de los recursos establecidos por la Cons-

titución o por las leyes, éstos debieron interponerse en la forma adecuada ante el tribunal correspondiente (conf. TSJ, *in re* "Landesman Sanguineti, Sebastián s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Landesman Sanguinetti, Sebastián s/art. 72, CC", expte. nº 2234/03, resolución del 30/4/2003 y "Asociación de Vecinos de plaza Italia s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en "Arzel, Miguel Ángel y otros c/GCBA s/amparo", expte. nº 4053/05, resolución del 7/7/2005).

En el mismo orden se ha pronunciado acerca de que, la queja por denegación de justicia, no tiene por finalidad sustituir las vías recursivas previstas en la Constitución y en las leyes locales, para que las partes planteen ante el Tribunal los agravios de índole constitucional que pudieran haberse generado durante la tramitación del proceso en anteriores instancias (TSJ *in re* "Orozco, Haydée Susana s/queja por denegación de justicia en 'GCBA c/Bellmunt Salmeron, Pedro y González Méndez, Graciela s/ejecución fiscal'", expte. nº 3152/04, resolución del 8/7/2004; y "Orozco, Haydee Susana s/queja por denegación de justicia en 'GCBA c/Gregoraschuk, Juan s/ejecución fiscal'", expte. nº 3154/04, resolución del 12/7/2004, entre otros).

No existe, entonces, una situación de privación o denegación de justicia que emerja de la decisión de la alzada (independientemente del acierto o error de esa sentencia o de la de primera instancia, cuestiones que no cabe revisar por esta vía) que justifique la intervención del Tribunal.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Anticipo mi opinión en el sentido de que la queja planteada por la Sra. Bruno no puede prosperar.

2. La competencia del Tribunal para revisar sentencias de los tribunales inferiores se pone en acto al resolver los recursos de inconstitucionalidad o de apelación interpuestos por la parte presuntamente afectada por el pronunciamiento impugnado (CCBA, art. 113, incs. 3º y 5º). Sin embargo, la actora planteó un recurso de aclaratoria de palmaria improcedencia, en razón de lo cual fue correctamente rechazado por la Cámara.

En cuanto a la queja por privación o denegación de justicia, la alzada consideró, con el debido criterio, que esa presentación directa no constituye una vía alternativa para plantear la revisión del pronunciamiento de la anterior instancia. Queda claro que no se trata de una discrepancia sobre el *nomen iuris* utilizado, "pues, para poner en crisis una decisión judicial, las leyes establecen recursos, si políticamente consideran conveniente conceder la posibilidad de un nuevo examen de la cuestión a alguno o algunos de los contendientes y desde algún punto de vista (más o menos amplio). Ese recurso, que en el caso de la competencia de este Tribunal

resulta muy característico... no ha sido interpuesto aquí, según los requisitos que le son propios, afirmación absolutamente clara que suscribiría hasta el propio denunciante" (conf. mi voto en "Spanggemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia", expte. nº 1543/02, resolución del 12/6/2006, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. IV-2002, punto 3, p. 214).

3. Las razones que expongo sucintamente en el punto anterior determinan el rechazo de la presentación de fs. 33/37.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y Luis F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja por recurso denegado planteado por la Sra. María Soledad Bruno.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente principal con la queja.

La jueza Alicia E. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/SANTA MARÍA S.C.A. S/EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LAS RESTANTES CAUSAS'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Pronunciamientos dictados durante la etapa de la ejecución de sentencia. Sentencia definitiva. Acreditación de un gravamen irreparable.

Expte. nº 5071/06 - 13/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. De las constancias agregadas a la queja surge que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) promovió la ejecución de la sentencia dictada en el incidente de verificación tardía del crédito fiscal que formulara en el concurso preventivo de la empresa Santa María SCA. La deuda correspondía a la caducidad de un plan de facilidades de pago correspondiente al Impuesto sobre los Ingresos Brutos. Reclamó en la ejecución la suma de $ 29.619,39 en concepto de capital, más $ 16.102,47 por intereses devengados desde la fecha de homologación del acuerdo hasta el 31/3/2006 (fs. 10 vta./11).

El juez de primera instancia resolvió hacer saber al presentante "que de conformidad con lo establecido en el art. 246, inc. 4º de la ley 24.522 el reclamo de los intereses calculados desde la fecha de la homologación (...) excedería el ámbito de la presente ejecución" (fs. 1).

2. El ejecutante interpuso revocatoria con apelación en subsidio (fs. (2/3). La Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió: "rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionante", con fundamento en que "por expresa previsión legal sólo el capital de lo adeudado en concepto de tributos goza de privilegio y puede entonces ser ejecutado" (fs. 5).

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 6/25) que no fue concedido por la Sala (fs. 27/29).

4. La Procuración General de la Ciudad planteó ante el Tribunal la queja por tal denegatoria (fs. 31/47).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General propone que se rechace la queja porque lo decisión cuestionada por recurso de inconstitucionalidad no es definitiva ni equiparable a ella, no plantea un caso constitucional y tampoco puede ser tachada como arbitraria (fs. 52/54).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable.

2. Como ha sido señalado por el señor Fiscal General Adjunto, el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara, y la queja que lo sostiene ante este estrado, intentan someter a decisión del Tribunal cuestiones vinculadas con la interpretación de normas de derecho común —que no han sido tachadas de inconstitucionales— efectuada en una sentencia que no es definitiva ni equiparable a tal, pese a los esfuerzos argumentativos desplegados por el recurrente.

Resulta aplicable al recurso de inconstitucionalidad local la conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el recurso extraordinario federal que establece que los pronunciamientos dictados durante la etapa de ejecución de sentencia no constituyen, como regla general, sentencia definitiva a los fines de ese recurso, principio del que sólo cabe hacer excepción si con lo resuelto se ocasiona un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (doctrina de *Fallos,* 272:221, 298:522, 302:582, 304:99, 307:110, entre muchos otros).

Ahora bien, en el caso, la cuestión referida al rechazo de la ejecución de sentencia instada por el GCBA en relación a los intereses por el crédito fiscal verificado en el concurso de Santa María S.C.A. que se habrían devengado a partir de la fecha del acuerdo preventivo con los acreedores —independientemente del acierto o error de las decisiones de las instancias de grado— no ocasiona al actor un gravamen irreparable, pues pueden ser reclamados por el Fisco local en un nuevo proceso, de acuerdo con las disposiciones correspondientes del CF, que el recurrente ha mencionado en su escrito, y las normas del CCAyT.

En efecto, las previsiones de los arts. 64, último párrafo, 66 y 129, C.F., t.o. 2007, justifican suficientemente la posibilidad que los intereses —generados con posterioridad al concordato por la obligación fiscal verificada en la sentencia dictada por el juez del concurso— puedan ser reclamados por el GCBA por vía de ejecución fiscal, si ellos correspondieren de acuerdo con las leyes que regulan, sustancialmente, la obligación accesoria.

3. La invocación de agravios constitucionales y la denuncia de arbitrariedad en la interpretación del derecho común, no son suficientes para superar, en el caso, el óbice de que no se cumple con el recaudo de sentencia definitiva o equiparable a tal, pues, como lo sostiene el más Alto Tribunal de la Nación: "La invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos,* 304:749, 304:1717, 306:1679, 312:311, entre otros).

4. Por todo lo aquí expuesto, y conforme a lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, corresponde rechazar el recurso de hecho planteado.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el señor juez de trámite Dr. José O. Casás en cuanto sostiene que la resolución de fs. 5, en tanto fue dictada durante la etapa de

ejecución, no configura una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad ni una equiparable a tal. Ello, toda vez que el recurrente no demostró que el *a quo* se haya apartado de lo dispuesto en la sentencia definitiva, es decir, en aquella en la que se reconoció el crédito que pretende ejecutar.

Lo expuesto no se ve conmovido porque el recurrente afirme que se encuentra en juego el principio de la cosa juzgada material, puesto que en el *sub examine* dicho planteo sólo esconde uno dirigido a discrepar con la interpretación que realizó la Cámara de los arts. 57 y 246 de la ley 24.522.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Que adhiero al voto del Dr. José O. Casás. Sin perjuicio de ello, estimo conveniente formular algunas puntualizaciones.

2. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en tiempo oportuno (art. 33, ley 402). Sin embargo, él no puede prosperar.

3. En efecto, la decisión de primera instancia recurrida que desestima la demanda de ejecución fiscal, con relación al crédito por intereses post-homologatorios, devengados en el concurso de Santa María SCA a partir de la fecha del acuerdo preventivo con los acreedores, no configura una sentencia definitiva, en los términos del art. 27, ley 402. Esa resolución no sólo no es definitiva a los efectos del recurso de hecho, sino que tampoco puede asimilarse a tal, único supuesto en el que, para cierta doctrina, cabría equiparar una decisión interlocutoria a una sentencia definitiva, en la medida que no impide que se replantee el pleito ni, por ende, que se tramite como un juicio posterior —arreglado a derecho, conforme lo señala el juez Casás al reseñar diversas disposiciones de Código Fiscal (t.o. 2007) aplicables a esa hipótesis—, como, por ende, tampoco causa un gravamen de imposible reparación ulterior (conf. mis votos en las causas nº 1888/02 "Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal", sentencia del 5/3/2003, nº 2133/03 "GCBA c/Club Mediterranée Argentina SRL s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 27/5/2003 y nº 2690/03 "Club Atlético River Plate Asoc. Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal", sentencia del 7/4/2004). Ello obsta a la procedencia del recurso de queja articulado.

4. Asimismo, cabe destacar que como lo demuestran las constancias de la ejecución no existen verdaderos agravios esgrimidos contra el auto que desestima la ejecución fiscal de que se trata, vinculados a preceptos

constitucionales. De hecho, no se invocan correctamente, ni se fundan, tachas de inconstitucionalidad, cuya verificación resulta imprescindible para la procedencia del recurso, más allá de la defensa con base en normas de Derecho común (infraconstitucional) que ensaya la quejosa. De allí que tampoco en este aspecto puede prosperar el recurso incoado. Admitir un temperamento contrario al expuesto convertiría a este Tribunal, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. TSJ, *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., más próximo al momento actual: expte nº 1898/02, "Droguería Americana c/GCBA [Dir. Gral. de Rentas - resolución 7346-1991] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario", sentencia del 17/11/2003.

En razón de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

El recurso de queja no puede prosperar ya que la sentencia atacada por el recurso de inconstitucionalidad —oportunamente denegado por la Cámara— no es definitiva ni equiparable a tal.

En efecto, y como principio general, las decisiones adoptadas en el marco de un proceso de ejecución de sentencia no constituyen "sentencia definitiva" a los efectos del presente recurso. Y por otra parte, el recurrente no acreditó el padecimiento de un gravamen irreparable que le permita considerar a la resolución recurrida como "equiparable a definitiva", ya que puede, en caso de que sea sustancialmente procedente, perseguir el cobro de los intereses del crédito fiscal reclamado por otra vía —la del juicio de ejecución fiscal, arts. 450 y ss. CCAyT— y en un nuevo proceso.

Lo expuesto precedentemente y los argumentos concordantes desarrollados por el Dr. Casás —a los que adhiero— bastan para fundamentar el rechazo del recurso en análisis.

Así lo voto.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a fs. 31/47.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 6— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LURASCHI, CARLOS ALEJANDRO S/INF. ART. 38, CC —APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.
Admisibilidad. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

Expte. nº 5154/07 - 20/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General interpuso recurso extraordinario federal (fs. 109/118) contra la decisión de fecha 24/4/2007 por la que el Tribunal resolvió rechazar el recurso de queja agregado a fs. 96/102.

El recurrente solicitó la apertura de la vía extraordinaria federal sobre la base de sostener que la denegatoria de su queja habría resultado arbitraria al incurrir en exceso ritual manifiesto, circunstancia que vulneraría, a juicio del Defensor, las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio (arts. 1º, 17, 18, 19, 28 y 33, C.N., y art. 1º, CCBA).

Asimismo, lo resuelto en esta instancia convalidaría, en opinión de la defensa, una sentencia que ha fundado de manera insuficiente la individualización de la pena impuesta, lo que afectaría los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad (arts. 18, 28 y 33, C.N. y 14.5 PDCyP, en virtud del art. 75, inc. 22, C.N.).

2. En otro orden de cosas el recurrente solicitó, como cuestión previa, que se suspenda el trámite del recurso, hasta tanto el Juez de primera instancia se pronuncie respecto del planteo de prescripción de la acción contravencional que dedujo el día 4/5/2007 en favor de Carlos Alejandro Luraschi, pedido fundado en lo resuelto "*in re* CSJN, 'Moreno, Rodrigo Felix s/infracción art. 56, CC', causa nº 1173, t. 42 —interlocutorio de fecha 10/4/2007" (fs. 112).

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado, consideró que el recurrente no había logrado introducir una cuestión constitucional y que el planteo se basaba exclusivamente en el desacuerdo con la decisión judicial recaída en autos, por lo que el recurso intentado debía ser rechazado. Asimismo, estimó que no debía suspenderse el trámite del recurso (fs. 121/123 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Como un asunto de previo y especial pronunciamiento, el Defensor General de la Ciudad solicitó ante nuestro Tribunal la suspensión del trámite del presente recurso extraordinario federal, hasta tanto los jueces de primera y segunda instancia resuelvan un planteo de prescripción allí intentado. Más allá de todo reparo que pudiera existir acerca del propósito de tal solicitud, lo cierto es que esa suspensión, aun cuando reconozca su causa en un criterio seguido por la propia CSJN para el trámite de un recurso de queja ("Moreno, Rodrigo Félix s/infracción art. 56, CC", causa nº 1173), no tiene sustento legal para la situación que hoy nos convoca (art. 257, CPCCN). En consecuencia, no corresponde hacer lugar a su petición, por improcedente.

En efecto, una cosa es que me pronunciara por la vigencia o extinción de la acción contravencional al examinar preliminarmente la admisibilidad de un recurso extraordinario federal, cuando tal solicitud había sido presentada directamente ante este Tribunal o remitida a él por la justicia de mérito (*in re* "Caballero", sentencia del 12/10/2001), y otra sustancialmente diferente es que el recurrente intente, ante la mera formación del incidente respectivo, que se paralice el trámite de su impugnación a las resultas de lo que eventualmente decida la justicia ordinaria (mi voto, adhiriendo al de mi colega José Osvaldo Casás, *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996, sentencia del 23/11/2005), pues, sobre ello, nada corresponde resolver en esta instan-

cia. Sin perjuicio de mi opinión sobre tal cuestión, acertada o desacertadamente, el recurso extraordinario ya ha sido sustanciado por disposición de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruíz, y sólo resta, por consiguiente, analizar su admisibilidad formal.

2. Superado este primer escollo debo decir que el recurso interpuesto, aunque lo fue en tiempo y forma, no habrá de prosperar porque no presenta cuestión federal alguna. Es simple, por fuera del ropaje constitucional con el cual el impugnante ha intentado revestir la cuestión discutida, sólo encuentro una genérica tacha de "arbitrariedad" que resulta insuficiente para demostrar mínimamente que el pronunciamiento anterior fuera irrazonable o estuviera infundado. Los cuestionamientos ensayados por el defensor, en los términos en los que fueron expuestos, sólo exhiben una discrepancia con la sentencia de este Tribunal que, más allá del acierto o error, se asienta en fundamentos no federales suficientes que —por lo menos— debieron ser rebatidos y no lo fueron. Naturalmente, la mera invocación de la arbitrariedad no alcanza para fundar un recurso extraordinario y tampoco para concederlo cuando ésta es su única objeción.

Corresponde reiterar que la doctrina de la arbitrariedad, elaborada por la CSJN, exige —por su carácter excepcional y restringido— que medie un apartamiento inequívoco de las normas que gobiernan el caso o la absoluta carencia de fundamentos (*Fallos,* 323:2879). El Defensor General no expone apropiadamente que en este caso se hayan dado dichos extremos, sino que, antes bien, insiste en que la determinación de la pena impuesta al encartado "no alcanzaba el umbral de mínima motivación" (fs. 115) y que este Tribunal, al desestimar la queja (fs. 96/102), tan sólo abordó "superficialmente el tema de fondo planteado" (fs. 113 vta.). Basta una somera lectura de la decisión hoy impugnada y, en especial, de las sentencias de mérito, para advertir que ambas afirmaciones resultan excesivas, toda vez que "aquella determinación se encuentra lejos de estar desprovista de motivación y no se advierte algún defecto concreto y relevante en ella, pues, en todo momento, se tuvieron en cuenta las particulares características de la contravención cometida (art. 38 de la ley 10), su gravedad y persistencia y el daño efectivamente causado [por el imputado]" (mi voto en autos). Tal abordaje de la cuestión, brindado a pesar de las "serias deficiencias" que ostentaba la queja deducida, sin duda, no puede ser caracterizado como superficial o ligero. Por otra parte, la tacha de arbitrariedad basada dogmáticamente en el solo hecho de que el Tribunal no ha tratado su queja como hubiera querido, sin demostrar, concretamente, un vicio en el pronunciamiento objetado —por lo menos— parece poco seria y se despliega más como una práctica dilatoria del proceso.

3. Por cuanto llevo dicho, voto por denegar el recurso extraordinario federal de fs. 109/118.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso extraordinario federal cumple con todos los requisitos formales exigidos por las leyes que regulan su concesión. Como cuestión previa, el Defensor General solicita a este Tribunal que suspenda el trámite del recurso en cuestión hasta tanto las instancias de mérito se pronuncien sobre la prescripción de la acción contravencional oportunamente incoada (conf. fs. 111 vta./112). Sobre este punto, cabe recordar que la competencia *actual* de este Tribunal en este proceso —esto es, una vez que la causa ha fenecido en la instancia local— se encuentra regulada de manera taxativa por los arts. 14 y concs. de la ley 48, así como también por los arts. 256 y 257 del CPCCN que reglamentan el procedimiento de la competencia constitucional apelada de la CSJN. De esta manera, resulta claro que las normas citadas facultan al TSJ para decidir *exclusivamente* —y tan sólo provisionalmente— sobre la admisibilidad del recurso extraordinario federal intentado por el Defensor General. En otras palabras, este Tribunal no cuenta con autorización ni indicación legal alguna para suspender el curso del proceso, máxime cuando, como en el caso, el recurso extraordinario federal ha sido deducido con relación a cuestiones distintas a la prescripción de la acción contravencional (conf. punto 3 de mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, sentencia del 23/11/2005).

2. Una vez resuelto el punto anterior, advierto que el recurso extraordinario federal interpuesto debe ser denegado, pues no presenta caso alguno que habilite la instancia de excepción intentada. El primer agravio introducido por el recurso, esto es, el alegado exceso ritual en que habría incurrido este Tribunal y su consecuente lesión a la garantía de defensa en juicio (conf. fs. 113 vta.) no constituye más que una mera mención de principios constitucionales que carece de desarrollo suficiente o de conexión adecuada al caso, verificación que, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja" en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.) no alcanza para fundar recurso extraordinario alguno. Más aún, la tacha genérica de *arbitrariedad* de la resolución recurrida representa, básicamente, la exposición del recurrente acerca de su falta de coincidencia con la solución y los argumentos utilizados por los votos que decidieron el asunto en este Tribunal. En este sentido, considero pertinente reiterar la jurisprudencia

de la CSJN en materia de arbitrariedad de sentencias, según la cual "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389 y 608, entre otros). La cita en cuestión resulta pertinente incluso a pesar de aquellas sentencias en las que yo he sostenido un criterio más estricto que el regulado por la propia Corte en cuanto a la arbitrariedad como motivo recursivo (cf., *inter alia*, mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005), circunstancia que, en este caso particular, carece de relevancia en cuanto a la propuesta de rechazo del recurso intentado por el motivo bajo estudio. Ello demuestra que la presentación actual no tiene apoyo en regla constitucional o federal alguna, pues la decisión recurrida puede ser tachada por errónea según criterios particulares, pero no por inmotivada o carente de racionalidad al momento de verificar la ausencia de caso constitucional.

En cuanto al segundo agravio propuesto por el recurrente, esto es, aquel relativo a la afectación de los principios constitucionales de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad en materia de motivación de la pena impuesta al Sr. Luraschi, es evidente que el recurrente pretende reeditar ante la CSJN planteos de índole no federal. En efecto, el recurso en cuestión se limita a denunciar un deficiente análisis de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de derecho infraconstitucional por parte de las instancias de mérito; situación que se manifiesta más abiertamente en la alegada desatención, al momento de determinar la especie y el monto de la pena, de cuestiones subjetivas concretas de su defendido (conf. fs. 117/117 vta.). En este orden de ideas, resulta útil mencionar que ya he expresado sintéticamente las razones por las cuales consideré improcedente ante toda instancia de excepción el agravio relativo a la supuestamente inadecuada fundamentación de la pena impuesta al Sr. Luraschi. Brevemente recordaré que el modo en el cual el defensor articuló su apelación ante la Cámara limitó el debate sobre el punto a una discusión relativa a la pertinencia de distintas interpretaciones sobre el derecho infraconstitucional aplicable.

3. Por los motivos señalados en los párrafos precedentes, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el Defensor General de la Ciudad.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, Dr. Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y se articula contra una sentencia definitiva.

2. En primer lugar, la petición que la defensa del Sr. Luraschi efectúa como cuestión previa —punto IV de su presentación— no puede ser admitida. En efecto, el recurso presentado por la defensa ha sido sustanciado por la señora jueza de trámite y llega a esta instancia únicamente para que este Tribunal se expida sobre la admisibilidad de la vía extraordinaria intentada. En ese sentido, las normas que delimitan la actuación del Tribunal en el caso (arts. 256 y 257, CPCCN) no prevén la "suspensión del trámite" requerida y, dado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es, en definitiva, el tribunal del recurso interpuesto, atañe, en todo caso, a dicho tribunal considerar si resulta de aplicación la jurisprudencia a la que se refiere la defensa. Por lo demás, en rigor, la defensa no ha expuesto siquiera someramente cuál sería el agravio que la resolución que corresponde dictar a este Tribunal acarrearía al Sr. Luraschi, sino que sólo menciona la posibilidad de "evitar el dispendio jurisdiccional que implica el avocamiento del Tribunal al estudio del recurso impetrado" (fs. 112).

3. El recurso extraordinario presentado debe ser denegado pues no plantea cuestión federal alguna que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48).

El defensor alega que la sentencia de este Tribunal resulta arbitraria, pues rechaza la vía intentada abordando en forma apenas superficial la cuestión de fondo planteada, con argumentos excesivamente formales. Sin embargo, tal como lo señala en su dictamen el señor Fiscal General Adjunto, la decisión objeto de reproche se encuentra razonada y fundada, y más allá de que el recurrente coincida o discrepe con sus contenidos, lo cierto es que este Tribunal se expidió respecto de las cuestiones planteadas en su momento por la defensa y determinó la ausencia en el caso de cuestión constitucional o federal alguna que habilitara la vía procesal local intentada.

Desde esta perspectiva, corresponde aplicar la doctrina de nuestro tribunal cimero que, desde antiguo, establece que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. En lo demás, el recurso se limita a replantear una de las cuestiones debatidas en la anterior sentencia de este Tribunal —la alegada afectación

del principio de culpabilidad y proporcionalidad al momento de determinar la sanción impuesta al Sr. Luraschi—. A este respecto, como manifestara oportunamente, el agravio planteado remite a cuestiones de interpretación de normas infraconstitucionales, sin que la invocación genérica de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia acuñada por el Tribunal cimero permita suplir el déficit señalado.

5. Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 109/118.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 102, punto 2.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta sentencia por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'OVEJERO, CARLOS MANUEL S/INF. ART. 189 BIS, C.P. —APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.
Admisibilidad. Cuestión federal. Derecho procesal local.

Expte. nº 4916/06 - 20/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 131/45) contra la decisión de fecha 11/4/2007 por la que el Tribunal admitió sólo parcialmente la queja agregada a fs. 78/102.

2. El recurrente pretende la apertura de la vía extraordinaria federal porque, según lo considera, en esta causa se habría afectado la garantía de imparcialidad del juzgador, el derecho de defensa en juicio y el sistema acusatorio. Asimismo, considera la defensa en su recurso que la decisión del Tribunal habría desconocido la interpretación "que hace la CSJN del art. 15 de la ley 48, debido a la exégesis que se hace de la ley local 402" respecto de los conceptos de "tribunal superior de la causa" y "sentencia definitiva" (fs. 133vta./134). Por último, la parte recurrente entiende arbitrario el fallo impugnado porque "el Tribunal declaró inadmisibles los agravios planteados respecto de la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, por considerarlos extemporáneos, cuando en otro precedente [en el que la cuestión se había presentado antes de realizado el debate] el mismo Tribunal ha sostenido que tal vía no constituía sentencia definitiva (art. 14, inc. 3º de la ley 48)".

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado conferido, se pronunció por la denegatoria del recurso interpuesto en tanto, a su juicio, la defensa no habría expuesto un caso federal (fs. 148/151).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso extraordinario deducido contra la sentencia de fs. 111/128 debe ser denegado, puesto que, aunque interpuesto en tiempo oportuno, no plantea una cuestión federal (art. 14 de la ley 48, arts. 256 y 257 del CPCCN, y arts. 116 y 117, C.N.).

2. En el recurso en análisis, la defensa reformula sus agravios hasta el punto de modificar decisivamente su sustancia (conf. fs. 138, segundo párrafo), de modo que ahora invoca la garantía de imparcialidad del juzgador y el desconocimiento en el que el Tribunal habría incurrido en cuanto a "las normas locales que ofrecen mayores garantías al justiciable" (fs. 140 vta.), en particular con respecto a la vigencia del sistema acusatorio. Por último, sostiene —sin mayor desarrollo— que si se estimara que la materia debatida es de naturaleza local, de todos modos corresponde que la CSJN trate la cuestión por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (fs. 141 vta.).

3. El Tribunal, en lo que ahora importa, declaró bien denegado el recurso de inconstitucionalidad en relación con los cuestionamientos vincu-

lados a la realización durante el debate de un peritaje que la fiscalía no había solicitado con anterioridad. Para así decidir, sostuvo que sólo se apoyaban en una diversa lectura de normas infraconstitucionales, es decir, que pese a la invocación del art. 18 de la C.N. y 13.3, CCBA, el planteo de la defensa sólo podía resolverse si se ingresaba en la interpretación de la ley procesal penal, facultad que le viene vedada a la luz de lo dispuesto en el art. 113 de la CCBA.

En este orden de ideas, los planteos relativos a la imparcialidad del juzgador y al desconocimiento por parte del Tribunal del mayor alcance que las garantías tienen en el orden local (ver punto 2) han sido desarrollados al interponer la presente apelación, y es doctrina recibida aquella según la cual el recurso extraordinario no es apto para introducir planteos novedosos, por lo que resultan extemporáneos.

3.1. Por lo demás, la sentencia recurrida encuentra apoyo suficiente en cuestiones de hecho y en normas no federales —C.P. y en la ley 12—, sin que medie en su aplicación la arbitrariedad que invoca el recurrente (fs. 142/145). Cabe agregar que, en este último aspecto, la Corte tiene dicho que esa tacha no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos de desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, las sentencias que los padecen quedan descalificadas como actos judiciales válidos (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129; 294:376, entre otros), situación que no se encuentra acreditada en autos.

4. Por lo expuesto, voto por denegar el recurso interpuesto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto propone denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa del señor Ovejero.

2. Tal como lo pusiera de resalto mi colega, la presentación de la defensa se caracteriza por la reformulación de los agravios que, a su criterio, se generaron a causa de la realización de un nuevo peritaje durante el debate. En efecto, las argumentaciones relativas a la garantía de imparcialidad y a la vigencia del sistema acusatorio en materia penal en el ámbito local (puntos V.A y V.B del recurso) fueron presentadas en muy diversos términos a los jueces de mérito, y ello, de por sí, es suficiente para denegar la vía extraordinaria intentada.

De cualquier forma, la nueva presentación de la defensa no conmueve lo afirmado por este Tribunal al resolver la queja oportunamente interpuesta, pues lo expuesto sólo da cuenta de la disconformidad del apelante

con la interpretación de preceptos de derecho procesal local sin demostrar la existencia de un caso federal y, por ello, no resulta posible habilitar la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

3. Finalmente, el recurrente tampoco ha logrado acreditar la arbitrariedad de la sentencia a la que se refiere en los acápites V.C y V.D del recurso extraordinario presentado. Dicho extremo, en mi concepto, lejos está de corroborarse en el caso, toda vez que la decisión objeto de reproche se encuentra razonada y fundada, más allá de que el recurrente coincida o discrepe con sus contenidos. Cabe recordar, en lo demás, que la admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta pues, como tiene dicho nuestro Tribunal cimero desde antiguo, "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros), circunstancias que no se advierten de la simple lectura de la sentencia que se pretende impugnar.

4. Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido, aunque lo fue en tiempo y forma como expone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, no presenta ninguna cuestión federal que habilite la intervención del máximo Tribunal del país. Ello así, por diversos motivos:

a) El recurrente pretende explicar que el agravio federal reside en que la condena de su asistido se basó en una prueba totalmente sorpresiva para su inferior jerárquico, pues, según lo entiende, se obtuvo en directa violación de las normas procesales aplicables, esto es, despreciando la garantía de la imparcialidad del juzgador y el sistema acusatorio. Más allá de que resultaría posible fundamentar que ese agravio parece asentarse —ahora— sobre una base distinta —en parte— de aquella que fue propuesta ante este estrado, lo cierto es que ésta no es la razón que determina esta denegatoria. En efecto, sencillamente resulta arduo reconocer la seriedad o entidad de este planteo, en tanto, tal como lo dictaminó el Fiscal ante

nuestro Tribunal, "lo que causa sorpresa es que se sorprendiera la defensa, sensación que no habría tenido si hubiera leído la ley procesal que autorizaba la recepción de la prueba en cuestión" (fs. 149). Sólo resta señalar que así como fue imposible extraer un caso constitucional de la aplicación de la norma infra-constitucional (art. 388, CPPN), tampoco se verifica en autos una controversia federal en torno a ella pues, como lo anticipara, dicha aplicación no resulta arbitraria o disparatada (Abalos, Raúl Washington, *Código Procesal Penal de la Nación*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 830, 834 y 835; y Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, 1ª ed., Ediar, t. VI, pp. 266 y 267).

Para que quede más claro (aún), es una regla aceptada que la pericia realizada durante la investigación penal preparatoria —en el supuesto de ser manifiestamente útil para desentrañar la verdad— puede ser incorporada al debate mediante su sola lectura (art. 355 y 383, CPPN), a menos, claro está, que una de las partes intente controvertir alguna de sus conclusiones para lo cual, también es obvio, deberá expresar y proponer la citación de los peritos para que las aclaren. En el caso, el fiscal se conformó con tal lectura pero el defensor no y, dado que la controversia tuvo lugar durante el juicio, acertada o desacertadamente, el juez resolvió no incorporarla, sino repetirla a petición del fiscal porque la consideró "indispensable" (art. 388, CPPN). Frente a este panorama —insisto— "no entiendo de qué forma la producción de la *prueba ya conocida*, con pleno control de las partes, pudo cercenar la posibilidad de que la Defensa Oficial ejerciera su ministerio". No se trata de que el defensor ofrezca la prueba de cargo, como parece insinuar el aquí recurrente, sino de que concretamente intente objetar un punto de la ofrecida por su contraparte (la aptitud para el disparo del revólver, por ejemplo), por lo cual no es verdad que esta citación sólo interesaba al fiscal, sino que, casualmente, hacía a su defensa. Por lo demás, resulta sumamente audaz que se sustente un estado de "sorpresa", cuando este informe pericial —por cierto, concordante con el reeditado en el debate— había sido anticipado en el requerimiento de juicio.

La discusión no excede el límite de una mera discrepancia con la letra de las normas procesales aplicadas y ello claramente obsta a la intervención de la CSJN, pues ella no funciona como una cuarta instancia obligada en las causas penales resueltas por la Justicia local.

b) En otro orden, resulta insólita la pretendida cuestión federal que se presenta en torno a la "afectación de una garantía mayormente resguardada en el ámbito local" (fs. 140), puntualmente del principio acusatorio (art. 13.3, CCBA), pues parece evidente que en el marco de un recurso extraordinario federal nada agrega la mención genérica de un precepto de

la Constitución local y tampoco importa la interpretación que el recurrente efectúa acerca de lo que él, supuestamente, establece o alcanza. Ello así, toda vez que ambas cuestiones resultan ajenas al eventual conocimiento de la CSJN por vía del art. 14 de la ley 48 (mi voto en "Coultas, Juan Domingo s/inf. art. 83 y 84 CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4451, resolución del 30/8/2006) y la interpretación de la Constitución de la Ciudad, mientras no se aparte de la nacional, sólo concierne a este Tribunal Superior de Justicia. Por lo tanto, su fundamentación debió limitarse exclusivamente a explicar de qué forma, en autos, se había transgredido su "derecho federal", más allá de las previsiones, amplias o restringidas, del ordenamiento local.

c) El agravio relacionado con el "incumplimiento de lo dispuesto por el art. 15 de la ley 48" (fs. 142), francamente, resulta ininteligible no sólo por su grado de generalidad —ergo, desconectado con el caso de marras—, sino, a la vez, porque sólo se sustenta en el convencimiento personal del recurrente acerca del tratamiento que, según lo cree, este Tribunal debió dar al recurso de queja parcialmente denegado. Nuevamente resulta relevante señalar que allí donde la defensa encuentra la sustancia federal o constitucional, esto es, en particular, en la realización de una pericia, este Tribunal no la advierte (ni remotamente) y, en mi concepto, basta una lectura de la resolución en crisis para verificar que esta instancia no ha evadido un pronunciamiento acabado sobre el punto.

d) La genérica tacha de "arbitrariedad" y la mención de la garantía del *doble conforme*, merecen, por lo menos, idéntico calificativo de ininteligibles. En primer lugar, es importante aclarar que el Tribunal no rechazó su agravio relativo a la suspensión del juicio a prueba por no tratarse de una "sentencia definitiva", por lo cual "el desconcertante panorama" (fs. 144 vta.) que invoca la defensa proviene de su errónea comprensión de la resolución impugnada. En segundo lugar, el recurrente debiera tener en cuenta que la competencia restringida de nuestro Tribunal no funciona como lo pretende —es decir, no satisface tal garantía— y sus aspiraciones recursivas no pudieron atenderse en esta instancia extraordinaria, porque no se denunciaron motivos que se involucraran, de manera directa, con una afectación concreta y relevante de algún derecho, principio o garantía constitucional.

2. Por cuanto llevo dicho, voto por *denegar* el recurso extraordinario federal de fs. 131/145.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite, de acuerdo con las razones que sucintamente expondré en este voto.

2. El Defensor General funda su planteo extraordinario federal en cuatro agravios diferenciados que, por motivos particulares, no logran acreditar la existencia de un caso constitucional o federal apto para habilitar la instancia de excepción intentada. En efecto, el agravio señalado por el recurrente bajo el acápite V. A) de su presentación no sólo parece modificar los términos del planteo originario sino que, asimismo, no critica de manera adecuada la resolución de este Tribunal bajo estudio. La pretendida reedición ante la CSJN de la supuesta lesión al principio de imparcialidad del juzgador y al sistema acusatorio en cuanto a la producción de una peritación de cargo durante el debate no logra plantear, más allá del esfuerzo argumental del recurrente, una cuestión distinta a la revisión de hechos del proceso concretados de acuerdo con una particular interpretación de la ley procesal penal aplicable al caso. Por su parte, y en aparente conexión con el punto V. A) de su recurso, el agravio desarrollado por el Defensor General bajo el acápite V. B) del escrito en cuestión se limita a afirmar la existencia de una mayor protección constitucional, en el ámbito local, del sistema acusatorio en materia penal, en comparación con el derecho constitucional federal. Sin embargo, el recurrente no logra *explicar* de modo preciso en qué consiste esa diferente visión ni tampoco advierte de qué manera aquel pretendido ámbito mayor de protección se vio afectado en el caso concreto, de acuerdo con el desarrollo del proceso bajo estudio.

3. Los puntos restantes debatidos por el recurso extraordinario tampoco ameritan la intervención del máximo tribunal federal. El agravio descrito bajo el acápite V. C) del recurso representa básicamente una observación de carácter general y puramente subjetiva del recurrente. En efecto, el supuesto hecho genérico que atribuye a este Tribunal una interpretación que abarca, por definición, menos casos que aquellos que, en comparación, abarcaría la eventual interpretación de la CSJN relativa a una norma federal sólo puede ser adjudicado a una particular opinión del recurrente. Más allá de no compartir la tesitura esbozada por el recurrente, la cuestión no puede ser discutida en abstracto, como se pretende. Por último, el agravio desarrollado brevemente por el Defensor General en el punto V. D) de su escrito puede ser descalificado de manera sencilla bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencias invocada por la propia CSJN, tal como lo expresan mis colegas preopinantes, incluso a pesar de sostener yo una interpretación más restringida sobre la materia en cuanto a su procedencia como motivo recursivo de excepción (cf., entre otros, mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'",

expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005). A todo evento, vale la pena remarcar que la cuestión introducida por el recurrente fue rechazada ante estos estrados por presentar una discusión sobre cuestiones ajenas a la competencia constitucional del TSJ (cfr. punto 1 *b* de mi voto) y que ello, en modo alguno, lesiona la garantía del doble conforme, según parecería sugerirlo el recurrente a fs. 145.

4. Por los motivos desarrollados en este voto, propongo denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el Defensor General a fs. 131/145.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 134/145.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo dispuesto a fs. 128, punto 5.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta sentencia por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXIII

"CARNEVALE, CLAUDIA E. S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN 'CARNEVALE, CLAUDIA E. Y OTRO C/HOSPITAL GRAL. DE AGUDOS DR. T. ÁLVAREZ S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO DE JUSTICIA. Asignación de la causa al juzgado de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario. Archivo de las actuaciones.

Expte. nº 5284/07 - 20/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El apoderado de la Sra. Claudia E. Carnevale denuncia ante el Tribunal que en los autos "Carnevale, Claudia E. y otro c/Hospital Gral. de Agudos Dr. T. Álvarez s/daños y perjuicios", en trámite ante el juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 9, "no se dicta sentencia pese a haber realizado la actora 6 pedidos en tal sentido (el primero de ellos es de fecha 5/8/2005". Expresa que ante el pedido de licencia y posterior renuncia de quien fuera el magistrado titular de ese juzgado, tomaron intervención otros seis jueces, quienes por distintas razones no dictaron la sentencia. Agrega que se solicitó al Consejo de la Magistratura que procediera a la asignación definitiva del caso a otro juzgado, sobre la base de la atribución que le confiere el art. 150, CCAyT, pero que ello fue rechazado por ese órgano (fs. 2/5).

2. El juez de trámite requirió al juez a cargo del juzgado que informe sobre los hechos denunciados (fs. 7/8), el que fue contestado ratificando la veracidad de las circunstancias expresadas por el presentante (fs. 9/11).

Posteriormente, el juez de trámite requirió un informe al Consejo de la Magistratura en el que solicitó, entre otras cuestiones, que se haga saber si "resulta posible establecer un mecanismo por el que, a la brevedad, se distribuya el expediente y asigne el conocimiento del caso en forma definitiva a otro magistrado, y si es factible que lo sea en uno de los cinco jueces subrogantes que ya han tomado intervención en la causa" (fs. 12). La Presidenta del Consejo de la Magistratura dio respuesta al pedido de informes y acompañó documentación (fs. 16/20). En su contestación hizo saber que pondría a consideración del Plenario del Consejo la cuestión planteada por el juez de trámite.

Requerida nueva información al magistrado a cargo del Juzgado Nº 9 (referida al plazo de su reemplazo, estado de la causa, si fue consentida su intervención, plazo en que estima que se podría dictar sentencia, etcétera; fs. 21) y recibida su respuesta (fs. 25/26), se solicitó al Consejo de la Magistratura que informe el resultado de la reunión plenaria ya referida. La Presidenta del Consejo acompañó copia de la resol. 230/2007 CM por la que se dispuso asignar la causa para el dictado de la sentencia al juez titular del Juzgado nº 3, y, como subrogante, al magistrado titular del Juzgado Nº 1 (fs. 30/36).

Del informe, se dio traslado al denunciante (fs. 37) sin que la parte le diera respuesta (fs. 39).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La reseña efectuada pone en evidencia que la cuestión planteada por el denunciante estaría encauzada a partir de lo resuelto por el Consejo de

la Magistratura (asignar la causa con carácter definitivo a un magistrado para que dicte sentencia), en uso de atribuciones propias (art. 150, CCAyT); medida que no suscitó reparos del promotor de esta queja orientada a obtener el dictado de una sentencia de fondo en los autos principales (fs. 2 y 5 punto VII).

En lo inmediato, entonces, la afectación denunciada a fs. 2/5 estaría superada. Ello así, y toda vez que la solución adoptada no causa estado, corresponde dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de la queja.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JULIO B. J. MAIER y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, Dr. Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al presentante, se comunique a la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura y al magistrado designado por ese Consejo para conocer en el juicio que dio lugar a esta queja, y se cumpla.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXIV

"ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (A.D.C) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Regulación de honorarios. Ley nacional 21.839. Acción declarativa de inconstitucionalidad. Carácter abstracto. Ausencia de contenido económico.

Expte. nº 4172/05 - 20/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 340/341 la abogada Cecilia Salem, apoderada de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de su titular, Dr. Agustín Zbar, solicita al Tribunal la regulación de sus honorarios por los trabajos cumplidos en la etapa iniciada con la interposición por la Asociación por los Derechos Civiles del recurso extraordinario federal, que fuera rechazado el 24/10/2006, con costas a la vencida (fs. 313/335). En el escrito, expone las pautas por las que estima el valor de sus honorarios "en la suma de $ 3.000 (pesos tres mil)" —ver fs. 340 vta., último párrafo.

Del escrito se corrió traslado a la ADC, quien, al contestarlo (fs. 344/348) solicita que se rechace la pretensión de honorarios debido a que la Procuración General no habría dada cumplimiento a la exigencia de fundar correctamente la cuantía de sus honorarios, ya que se limitó a repetir las pautas establecidas en el art. 6º de la ley 21.839. Subsidiariamente, la actora considera que el monto solicitado es "claramente excesivo" y lesivo de su derecho a la "tutela judicial efectiva".

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Asiste parcialmente la razón a la parte actora al sostener que la contraria sólo se limitó a repetir genéricamente las pautas arancelarias que le fueran requeridas, empero bajo ningún punto de vista ello implica, como lo pide la actora, que por ese motivo corresponda rechazar la regulación de honorarios solicitada.

2. A los fines arancelarios, la actividad de los profesionales en el recurso extraordinario federal se rige por el art. 14 de la ley 21.839 (conf. este Tribunal, *in re*: "Spisso, Rodolfo R. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Spisso, Rodolfo R. C/GCBA s/amparo s/art. 14, CCBA'", expte. nº 1066/01, resolución del 19/3/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, t. V, pp. 132 y ss.; "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución del 9/3/2005; y "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2535/03, resolución del 26/5/2005). En atención a que los abogados que intervinieron en representación del Gobierno de la Ciudad con anterioridad a la sentencia

(Macarena Gallarreta y Alejandra Tadei) no solicitaron la regulación de sus honorarios —presumiblemente debido a lo dispuesto en los art. 2º de la ley 21.839 y 25 de la ley 402— no se han establecido los que corresponderían por la intervención en la instancia única de la acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en tanto el art. 14 de la ley vincula el arancel correspondiente al recurso con "la cantidad que *deba fijarse* para los honorarios de primera instancia", resulta posible efectuar la regulación solicitada por los abogados Cecilia Salem, en su calidad de apoderada del GCBA, y Agustín Zbar, en su condición de letrado patrocinante, por su intervención en la contestación del recurso extraordinario federal mediante el mecanismo de fijar previamente el valor de los honorarios por lo actuado en la instancia originaria —véase el voto conjunto de los jueces Maier y Conde en la causa "Spisso" y resoluciones del TSJ en los exptes. nº 2490 y nº 2535, ya citados.

3. La regulación peticionada debe efectuarse de conformidad a las pautas cualitativas fijadas por el art. 6º ídem dado el carácter abstracto y la ausencia de contenido económico de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA (conf. este Tribunal, *in re* "Fiore, Savino Enrique c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 143/99, resolución del 14/6/2000). En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la regulación no depende exclusivamente del importe del litigio o de las escalas pertinentes, sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que pueden ser evaluadas por los jueces con un amplio margen de discrecionalidad, entre las que se cuentan la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la tarea, la calidad, eficacia y extensión del trabajo (conf. *Fallos,* 257:142; 296:124; 302:534, entre otros).

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 6º, incs. b) a f), 9º y 10 de la ley 21.839, los honorarios que habrían correspondido al patrocinio letrado de la parte demandada (vencedora) por su actuación en el juicio de inconstitucionalidad hasta la sentencia serían de $ 3.000 (pesos tres mil) y para la apoderada el 40 % del monto de esa suma, es decir, $ 1.200 (pesos mil doscientos). El monto de los honorarios toma en consideración la falta de trascendencia económica y personal de la cuestión debatida para ambas partes, que por la naturaleza y regulación del proceso la Procuración General sólo debió dar contestación a la demanda (fs. 92/99 vta.) y participar en la audiencia (fs. 122); que no se produjo prueba, y que entre la

fecha de la demanda y el dictado de la sentencia, el juicio duró menos de un año.

4. Ahora bien, el art. 14 de la ley citada establece que el arancel que corresponde a la segunda o ulteriores instancias se fija entre el 25 y el 35 % de la primera o única instancia.

Teniendo en consideración que el recurso extraordinario intentado no revelaba una extraordinaria complejidad, la extensión y los argumentos del escrito de contestación (ver fs. 279/287), que sus argumentos fueron acogidos por el Tribunal para rechazar el recurso, y que la denegatoria del recurso no afectó en forma personal o económica los derechos de las partes, estimo equitativo y acorde a las pautas legales ya mencionadas regular los honorarios del letrado patrocinante, Dr. Agustín Zbar en la suma de $ 1.000 (pesos un mil) y de la apoderada, Dra. Cecilia Salem, en $ 400 (pesos cuatrocientos), con más el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

A las sumas fijadas se les adicionará el 1% determinado por el inc. 2º del art. 62 de la ley 1181.

Los jueces Julio B. J. Maier, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios del abogado Agustín Zbar, por su actuación como letrado patrocinante de la demandada en el recurso extraordinario rechazado, en la suma de $ 1.000 (pesos un mil), más el IVA si correspondiere y más la suma de $ 10,00 (pesos diez) en concepto del 1% fijado por el art. 62, inc. 2º de la ley 1181.

2º. *Regular* los honorarios de la abogada Cecilia Salem, por su actuación como apoderada de la demandada en el recurso extraordinario rechazado, en la suma de $ 400 (pesos cuatrocientos), más el IVA si correspondiere y más la suma de $ 4,00 (pesos cuatro) en concepto del 1% fijado por el art. 62, inc. 2º de la ley 1181.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y cumpla.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PALOMES, SUSANA C/OSCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OSCBA). Ente público no estatal. Adhesión al Sistema Integrado Nacional. Ley 472. Derecho a elegir obra social. Excepción de falta de legitimación pasiva. Omisión ilegal del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Facultad privativa de la Legislatura.

Expte. nº 5099 - 20/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Susana Palomes —dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— interpuso demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contra la ObSBA "[...] con el objeto de que SS, condene y ordene a los demandados la ejecución del acto omitido, consistente en inscribir a la *Obra Social* en el registro de Obras Sociales que administra la *Superintendencia de Servicios de Salud,* y efectuar todo otro trámite administrativo, por ante ese ente o cualquier otro que resulte menester para la *Obra Social de Buenos Aires*, quede adherida a las leyes 23.660 y 23.661, tal como lo ha dispuesto la ley 472..." (fs. 36/44 vta., con mayúsculas en el original).

El Gobierno de la Ciudad expresó su falta de legitimación pasiva (punto IV. 2, del informe agregado a fs. 45/49) y se opuso a la admisibilidad y procedencia del amparo.

2. La demanda fue acogida favorablemente por la magistrada de primera instancia, quien, en lo que ahora interesa, rechazó el planteo de falta de legitimación efectuado por la Procuración General y condenó a la ObSBA y al GCBA a "que en el plazo de treinta días cumplan con lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472, y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios la ObSBA peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional". También dispuso que "hasta tanto se cumpla con (...) el art. 37 de la ley 472 la codemandada ObSBA brinde a la actora

prestaciones que no sean inferiores a las que los agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarles a sus afiliados (art. 28, ley 23.661)". Las costas las impuso a las demandadas (51/59 vta.).

3. La sentencia fue apelada por ambos codemandados. La Procuración General expresó que el fallo es nulo al interferir con la medida cautelar dictada por la justicia federal de la seguridad social, que suspendió los efectos del art. 37 de la ley 472. También se agravió por el rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva, por haberse dictado una sentencia con efectos *erga omnes* en una acción de amparo individual y por el modo en que se impusieron las costas (fs. 60/65).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 67/72).

5. La Procuración General dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de cámara, por las razones que expresa a fs. 73/82:

a) el fallo es arbitrario pues omitió tratar la excepción de falta de legitimación pasiva que su parte articulara y ello lesiona sus derechos al debido proceso y a la defensa en juicio;

b) no se presentan en el caso los recaudos de procedencia del amparo ya que no existe el acto u omisión arbitrario o ilegítimo atribuible a su parte, exigido por el art. 14, CCBA;

c) la resolución es arbitraria, incurre en exceso de jurisdicción y afecta facultades propias e indelegables del Poder Ejecutivo local, y

d) no corresponde la imposición de costas a su parte.

6. A fs. 87/89 vta., la Sala II resolvió denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad, con base en los siguientes fundamentos:

a) la resolución recurrida trató la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por el GCBA;

b) los agravios sólo revelan la discrepancia del recurrente con la interpretación efectuada por la Cámara de normas infraconstitucionales;

c) el recurso no expone debidamente un auténtico caso constitucional, y

d) en cuanto a la alegada arbitrariedad del fallo, no puede fundarse en la mera disconformidad de los apelantes con la interpretación del tribunal respecto de las normas que aplica, en tanto los jueces no excedan las facultades de apreciación de los hechos y aplicación del derecho que son propias de su función.

7. Contra la decisión denegatoria, el GCBA recurrió en queja (fs. 20/31 vta.).

8. El Fiscal General Adjunto dictaminó a favor de la parte recurrente, por considerar que la sentencia vulneró el principio de congruencia. En consecuencia, se pronunció a favor de que se admita la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad, se revoque la sentencia apelada y se devuelva a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 94/97 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. El recurso de queja deducido por el Gobierno de la Ciudad cumple con los requisitos formales externos para ser tratado y ha sido planteado en el plazo debido.

La Sala II denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad porque consideró que la Procuración General no articuló correctamente un caso constitucional.

Aunque la parte ha invocado numerosas disposiciones constitucionales al interponer el recurso de inconstitucionalidad y en la queja (1º, 6º, 13, 80, 104, CCBA; y 1º, 16, 18, 19, 28, 33, 43, 75 inc. 22 y concordantes, C.N.) que luego no desarrolla en argumentos que refuten la sentencia, hay dos aspectos en los que la crítica al auto denegatorio es acertada.

La primera, cuando expresa que "si bien el tribunal apelado manifiesta que la invocación de normas constitucionales no resulta suficiente para demostrar la existencia de un caso constitucional, en el caso de autos la cuestión constitucional aparece clara y se vincula en forma directa con el derecho de defensa garantizado constitucionalmente" (fs. 24 vta.); cuestión constitucional que es tratada en el recurso en relación con la omisión de la sentencia en considerar la excepción de falta de legitimación pasiva.

La segunda, cuando expone y desarrolla la critica al decisorio fundado en la inexistencia de los presupuestos constitucionales para la procedencia del amparo, establecidos por el art. 14, CCBA.

Con tal alcance, la queja critica suficientemente la resolución de la Cámara que le denegara el acceso a la jurisdicción del Tribunal y expone un caso constitucional fundado en la afectación de la garantía de la defensa en juicio y en la aplicación del art. 14 de la Constitución de la Ciudad.

Corresponde, entonces, el tratamiento de tales cuestiones.

2. Al interponer el recurso de inconstitucionalidad la Procuración afirma que la sentencia menciona su defensa de falta de legitimación pasiva, pero que luego la trata tan sólo aparentemente.

La decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad puntualiza que todas las cuestiones planteadas fueron consideradas en la sentencia dictada al resolver la apelación.

La simple lectura del fallo de alzada permite constatar que, a diferencia de lo afirmado por la Procuración General en el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II trató la defensa articulada (punto 14, fs. 71) para rechazarla:

a) se hizo cargo de las diferencia existentes entre este caso y el precedente "*Galletta*" invocado por la recurrente,

b) señaló el vencimiento del plazo indicado por la ley para que se cumpla con la adhesión al sistema nacional, y

c) consideró que la adhesión al Sistema Integrado Nacional "requiere, necesariamente, de una actividad por parte del GCBA para la evaluación y aprobación de las propuestas a las que obliga la ley, por lo que difícilmente puede considerarse al GCBA como ajeno a las actividades que el decisorio apelado ordena" (fs. 72).

3. En la queja, la Procuración General afirma, en relación a su defensa de falta de legitimación pasiva, que: *a)* la Cámara "en ningún momento indica, concretamente, cuál es la omisión actual e ilegítima en que incurriera mi mandante, desconociéndose así las defensas opuestas por mi parte" (fs. 24 vta.); *b)* la ley 472 otorga autarquía a la ObSBA, *c)* la obra social no efectuó ninguna propuesta, en el marco del mandato establecido por el art. 38 de esa ley, para el dictado de alguna norma necesaria para viabilizar su adhesión al régimen nacional que el Gobierno hubiera omitido considerar.

El planteo vincula, necesariamente, la invocada lesión al derecho de defensa (por ausencia de consideración o insuficiente tratamiento de una cuestión relevante para la solución del litigio) con el planteo referido a la inexistencia de uno de los presupuestos del amparo: la existencia de una acción u omisión arbitraria o ilegítima.

4. Para la consideración del agravio, resulta útil transcribir lo dispuesto por los arts. 37 y 38 de la ley 472 (modificados por el art. 1º de la ley 627):

> "*Art. 37* — Se establece como plazo máximo la fecha del 1º/1/2003, para que la ObSBA disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por la leyes nacionales 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas."

> "*Art. 38* — A los efectos de viabilizar lo dispuesto en el art. 38 [*rectus*: 37] de la presente norma, el Directorio de la ObSBA propondrá a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad, el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación".

Resulta suficientemente claro que la ley establece el derecho a la libre elección de obra social para los afiliados a la ObSBA, a partir del 1º/1/2003; derecho cuyo ejercicio supone el cumplimiento por parte de la ObSBA y de los poderes públicos locales de ciertos actos que permitan la efectiva adhesión de la obra social de la Ciudad al sistema integrado nacional.

Es también evidente que, de acuerdo con la ley 472, cualquier obstáculo que pudiera presentarse para la concreta incorporación de la ObSBA a ese sistema, no debiera tener causa en la conducta (activa u omisiva) de los órganos del poder local (Ejecutivo o Legislativo) o de los entes de esta jurisdicción (obra social). Además, a través del Capítulo IX, "Disposiciones Generales", del mismo cuerpo normativo, se encomienda expresamente al Poder Ejecutivo la facultad para "dictar las normas reglamentarias de la presente ley, en tanto ellas sean necesarias para posibilitar el cumplimiento de las estipulaciones establecidas".

El mandato dirigido al Gobierno de la Ciudad por la sentencia atacada no ha perdido de vista tales circunstancias. La defensa planteada por la Procuración General se traduce en un intento para desplazar toda la responsabilidad sobre el tema a la obra social. Pero para acreditar la alegada inexistencia de la omisión imputada, entendemos que la interesada debió, al menos, expresar de qué manera ha intentado a lo largo de estos años cumplir con la ley 472 que establecía el derecho de los afiliados a la ObSBA a la libertad de elección de la obra social a partir del año 2003.

Tal como lo hemos expresado en precedentes sustancialmente análogos al presente (*in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marzano, Silvia c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art.14, CCBA)'", expte. 4664/06, sentencia del 20/9/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gatto, María Ángela del Carmen c/OSCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. 4656/06, sentencia del 20/9/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corti, Laura Fabiana c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. 4665/06, sentencia del 20/9/2006): el GCBA ha podido legítimamente transitar distintos caminos para lograr tal cometido,

desde instar directamente a la ObSBA para la formulación de las propuestas normativas necesarias para viabilizar la incorporación al sistema nacional, hasta, llegado el caso, someter el tema al procedimiento previsto en el art. 27 de la ley 472 o, incluso, elaborar por sí mismo (ante la pasividad de la obra social) las reformas o proyectos de reformas necesarios para cumplir el mandato legal de incorporación, puesto que, en definitiva, el Directorio de la ObSBA sólo tiene facultades para "proponer" el dictado de las normas y disposiciones conducentes al logro del objetivo propuesto en la ley.

5. De tal manera, es razonable la afirmación que efectúa la alzada, ratificando la sentencia de primera instancia, en cuanto a que la adhesión al sistema nacional "requiere, necesariamente, de una actividad por parte del GCBA" y que "difícilmente puede considerarse al GCBA como ajeno a las actividades que el decisorio apelado ordena" (fs. 72).

A esta altura de los acontecimientos, resulta poco consistente —habiendo transcurrido más de tres años desde la fecha de expiración del plazo establecido por la ley 472—, desconocer la existencia de una obligación jurídicamente exigible a la ObSBA y al Gobierno local para que, dentro del marco competencial que a cada uno corresponde ejercer, encaminen sus esfuerzos con la finalidad de incorporar a la obra social que nos ocupa al régimen nacional.

Es aún menos convincente el desconocimiento que se efectúa en el recurso deducido acerca de la ostensible vulneración del derecho a elección de la obra social que asiste a la actora, a partir de los términos nítidos de una ley dictada por la Legislatura local que se encuentra vigente [conf. este Tribunal *in re*: "Yosifides, Ileana y otros c/GCBA y otro s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y sus agregados exptes. n$^{os.}$ 1121/01, 1122/01, 1178/01 y 1193/01, sentencia del 11/10/2001].

6. En suma: el tratamiento en la sentencia recurrida de la apelación por falta de legitimación pasiva, la existencia de una omisión ilegal del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la afectación de derechos de la parte actora como consecuencia de esa omisión justifican el rechazo del recurso planteado por la Procuración General. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo votamos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. A más de los requisitos formales de modo y tiempo, que han sido observados, la queja no contiene una crítica fundada de la resolución que

rechaza el recurso de inconstitucionalidad, por lo que anticipo mi opinión en el sentido de que la presentación directa planteada por el GCBA no puede prosperar.

2. En efecto, se discute en este estadio de la controversia la queja deducida por la Procuración General contra la sentencia de la Cámara que, al confirmar la de primera instancia, resultó adversa al GCBA, codemandado en la causa con la ObSBA. Como en el precedente "Corti" ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corti, Laura Fabiana c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. 4665/06, resolución del 20/9/2006), la sentencia condenó a ambos a cumplir "la doble manda" contenida en el decisorio impugnado y sustentada en el art. 38 de la ley 472, a saber: "A los efectos de viabilizar lo dispuesto en el art. 37 de la presente norma, el Directorio de la OSBA propondrá a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad, el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación" (ver fs. 71 vta./72). Con otras palabras, el decisorio confirmado por la Cámara fijó un plazo para el cumplimiento de la previsión contenida en el art. 38 de la ley 472 —prescripción transcripta *supra*— y, asimismo, estableció la fijación de un nuevo plazo para la adhesión al Sistema Integrado Nacional una vez satisfecho el primer mandato. "Este acto requiere —precisó la Cámara—, necesariamente, de una actividad por parte del GCBA para la evaluación y aprobación de las propuestas a las que obliga la ley, por lo que difícilmente puede considerarse al GCBA como ajeno a las actividades que el decisorio apelado ordena. En tal sentido, y siendo que en el *sub examine* la acción fue inicialmente enderezada [*sic*] contra la ObSBA y el GCBA, no resulta de aplicación lo manifestado por este Tribunal en el caso 'Galleta' y corresponde el rechazo de los agravios planteados" (considerando 14, fs. 71 vta./72).

3. Las siguientes observaciones son indicativas de que el recurso de hecho planteado por el Gobierno no puede tener acogida favorable.

En primer término, ninguna de las razones expuestas por la alzada para denegar el recurso de inconstitucionalidad fueron sólida y convincentemente rebatidas en el escrito de la queja. En verdad, la presentación a la que aludo no podría reputarse un recurso de queja sino merced a su interpretación caritativa o benévola por parte del juzgador. Para usar una expresión ya enquistada en los pronunciamientos del Tribunal, la circunstancia apuntada implica que el recurso bajo examen carece de autosuficiencia, recaudo formal cuya ausencia torna improcedente la impugnación que pretende formular.

Como en el precedente citado ("Corti") y diversos casos resueltos coetáneamente (*v. gr.*, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gatto, María Ángela del Carmen c/OSCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4656/06, sentencia del 20/9/2006 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marzano, Silvia c/OSCBA [Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires] s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. 4664/06, resolución del 20/9/2006), el primer y central reclamo en la expresión de agravios del recurrente es la inexistencia, conforme a su interpretación, de una obligación jurídica incumplida. Destacamos dos formulaciones parciales de este agravio: "[N]o existe por parte del GCBA una obligación jurídica incumplida. De allí que no pueda declararse procedente la acción de amparo con respecto a mi mandante, si no hay una actuación administrativa susceptible de incidir sobre la esfera de los actores. Es decir, está ausente el presupuesto básico de procedencia del amparo. Falta el acto lesivo (art. 14, CCBA). Sin acto u omisión susceptible de incidir sobre la esfera vital de otros particulares, no corresponde avanzar en torno de su calificación como legítima o ilegítima" (punto V.1.d, fs. 75 vta.).

En cuanto a la segunda expresión del agravio analizado, a fs. 76 la Procuración General enfatiza que el propio escrito inicial resulta inútil a los efectos de *identificar* la omisión denunciada, y menos idóneo aún para *fundar* la efectiva configuración de aquélla, que se le atribuye junto con su codemandado, la ObSBA (específicamente, según se desprende de la sentencia en crisis, la obligación legal de inscribir a la Obra social y ejecutar las acciones conducentes para el cumplimiento del deber impuesto por la ley 472).

4. El reproche descripto en el punto anterior se sustenta en un juicio incorrecto y en otro extemporáneo. En cuanto al primero, la sentencia de la alzada se ocupó de señalar las diferencias entre el caso "Galleta" —invocado por la recurrente— y la causa bajo análisis, concretamente en lo que respecta a la ausencia de legitimación pasiva del Gobierno de la Ciudad en el primer caso por no haber sido demandado, situación que no se replica en el *sub examine*. Por consiguiente, como señala la Cámara, la ponderación de las razones sustanciales para concluir si corresponde o no corresponde tener por legitimado pasivo al Gobierno —razones que, lógicamente, no fueron analizadas en "Galleta"—, no parecen poder eludirse en la resolución de este litigio.

Al identificar tales motivos sustanciales, la alzada remite a los arts. 37 y 38 de la ley 472. La primera disposición establece el plazo máximo para que la ObSBA determine su adhesión al sistema nacional (plazo hol-

gadamente vencido al emitirse el pronunciamiento recurrido). Por su parte, el art. 38 establece una condición necesaria para viabilizar dicha adhesión, a saber: la propuesta por el Directorio de la ObSBA a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad "[d]el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación".

Claramente, pues, es *la propia ley* la fuente directa del doble mandato cuya génesis la Cámara atribuye —erróneamente, cabe apuntar— a los términos de la sentencia de primera instancia y su justeza ("el resolutorio apelado contiene una doble manda...", fs. 72). Esa misma directiva pone en cabeza del GCBA la evaluación de las propuestas del Directorio y su aprobación, por lo que la ausencia de legitimación pasiva en casos como el examinado resulta ya una defensa improponible.

5. En lo que respecta al planteo extemporáneo, el agravio que en el recurso de inconstitucionalidad se articula como la omisión por la Cámara de considerar la defensa de falta de legitimación pasiva esgrimida por el Gobierno local, reaparece en la queja, bien que en una versión incontrastablemente *expandida*. Ello se aprecia al reparar en la afirmación de la recurrente: "En el decisorio de la Cámara, si bien se cita la defensa de falta de legitimación pasiva expuesta por el GCBA, al desestimarla lo hace basada tan sólo en una fundamentación aparente de su decisión, ya que en ningún momento indica, concretamente, cuál es la omisión actual e ilegítima en que incurriera mi mandante, desconociéndose así las defensas opuestas por mi parte" (fs. 24 vta.). Concretamente, en el recurso de hecho este agravio resulta inclusivo de: *a)* la supuesta ausencia de identificación de la conducta omisiva, o abstención antijurídica de actuar, en que habría incurrido el GCBA (fs. 75 vta.); *b)* la inexistencia de propuesta alguna por parte de la ObSBA, dirigida al Gobierno y constitutiva de la base del dictado de aquellas normas necesarias para vehiculizar su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional (fs. 76/78); y *c)* la individualidad jurídica y autárquica de la ObSBA, establecida por la ley varias veces referida (fs. 24).

Por las consideraciones que anteceden, resulta ostensible que este agravio constituye una reflexión tardía y, en consecuencia, que el tema no puede reputarse parte del marco del debate planteado en el recurso de queja que deba ser objeto de ponderación en este pronunciamiento (conf. art. 27 de la ley 402 y este Tribunal en los casos "Consorcio de propietarios edificio 86 [ex 78] nudo 2 barrio Soldati c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1286/01, sentencia del 20/2/2002; "GCBA s/queja por

recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Claudio c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2366/03, resolución del 1/10/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Valcarce Director, Fernando c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2802/04, sentencia del 21/4/2004, entre muchos otros). La extemporaneidad del planteo formulado en la queja es suficiente para rechazarla con relación al motivo intentado, aunque vale destacar que mis colegas, los Sres. jueces Conde y Casás, explican con suficiencia las diversas alternativas disponibles al Gobierno de la Ciudad si su objetivo es el cumplimiento del mandato establecido en los arts. 37 y 38 de la ley 472 (ver el punto 4 de su voto conjunto).

6. Examinado este agravio, concluyo que no asiste razón a la recurrente cuando, en sendos escritos recursivos, aquélla insiste acerca de su supuesta falta de legitimación pasiva en el caso. Por lo contrario, se configura, efectivamente, la omisión estatal que requiere el art. 14 de la CCBA para la procedencia de la vía del amparo. En cuanto a los restantes motivos de disconformidad, ellos tampoco conmueven la entidad del pronunciamiento de la Cámara en tanto decisión jurisdiccional válida.

En tal sentido, es suficiente señalar que, si bien la quejosa proclama en forma genérica la afectación de diversas garantías de raigambre constitucional (fundamentalmente, la garantía al debido proceso legal adjetivo y al derecho de defensa), en el magro capítulo que dedica al asunto, aquélla no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

En tal sentido, el TSJ ha expresado múltiplemente que la referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales contenidos en la queja, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para fundar dicho recurso, ya que si bastara la invocación genérica de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional —como los aquí involucrados—, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad, posibilidad inadmisible en el marco del recurso extraordinario local (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: "'Droguería Americana c/GCBA [Dir. Gral. de Rentas - resol. 7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR' s/recurso de apelación ordinario", expte. nº 1898/02, sentencia del 17/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. V, pp. 842 y ss.).

Las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia (ley 472, normativa infraconstitucional) constituyen todas interpretación de reglas comunes, tarea no comprendida por el recurso interpuesto ni constitutiva de la competencia del Tribunal, más allá del acierto o desacierto de su interpretación, según puntos de vista de intérpretes diversos.

7. Por último, no conmueve al decisorio impugnado su supuesta arbitrariedad. Como lo he señalado múltiplemente, yo sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

Sin embargo, más allá del grado de rigidez personal en cuanto a esta doctrina, remarco que la quejosa, en su crítica de la sentencia, tampoco ha demostrado a través de la invocación de este motivo un déficit de fundamentación que permita invalidar el pronunciamiento en crisis como un legítimo acto jurisdiccional.

Por las razones que anteceden, voto por rechazar la queja deducida por el GCBA a fs. 20/31.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de queja articulado por la Procuración General fue deducido en tiempo oportuno, y rebate en forma adecuada la resolución de la Cámara que le denegó el acceso a la jurisdicción de este Tribunal, por lo que debe tener acogida favorable.

Bajo la tacha de arbitrariedad el recurrente invoca violación de su derecho de defensa en juicio (art. 13 de la CCBA). Sostiene que el *a quo* no trató el planteo de falta de legitimación pasiva oportunamente articulado. Agrega que la Cámara incurrió en un supuesto de exceso jurisdiccional porque la sentencia está fundada en extremos no acreditados en la causa.

Asimismo, señala que no se dan en el *sub examine* los presupuestos básicos para la acción prevista en el art. 14 de la CCBA, ello así, en tanto no existe de su parte una falta u omisión lesiva que sea manifiestamente ilegal o arbitraria, requisitos insoslayables para la procedencia de la acción de amparo.

La Procuración General funda su recurso en los arts. 1º, 6º, 13, 80, 104, CCBA; y 1º, 16, 18, 19, 28, 33, 43, 75 inc. 22 y concs., de la C.N.

2. La sentencia de la Sala II de la Cámara de apelaciones en lo contencioso administrativo y tributario confirmó la de primera instancia, en

lo que ahora importa, en cuanto condenó al GCBA y a la ObSBA a que en el plazo de treinta días cumpla con lo dispuesto en el art. 38 de la ley 472. Para así resolver, entendió que "(...) [s]i bien es cierto que la propuesta a que alude el texto normativo se encuentra en cabeza de la obra social (...)" la adhesión al Sistema Integrado Nacional "(...) requiere, necesariamente, de una actividad por parte del GCBA para la evaluación y aprobación de las propuestas a las que obliga la ley, por lo que difícilmente puede considerarse al GCBA como ajeno a las actividades que el decisorio apelado ordena (...)" (fs. 72).

La Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires según surge el art. 1º de la ley 472, es un ente público no estatal y su patrimonio no esta constituido en forma exclusiva con fondos del Gobierno de la Ciudad (conf. art. 15/18 de la mentada ley). En armonía con lo expuesto, la dirección del ente está a cargo de un directorio compuesto por 12 miembros, los que representan distintos estamentos, sin llegar ninguno de ellos a conformar una mayoría suficiente que le permita tomar decisiones sin el consentimiento de representantes de otros sectores (conf. art. 6º de la ley 472).

A diferencia de lo que ocurre con otras técnicas utilizadas en materia de organización administrativa (v. gr. descentralización, desconcentración o autarquía), los entes públicos no estatales quedan ubicados fuera de la estructura estatal. El Gobierno puede ejercer alguna clase de fiscalización, tal como, por lo demás ocurre con las sociedades anónimas del art. 299 de la ley 19.550 (en el caso, cfr. con los arts. 23/25 de la ley 472), pero por regla, no alcanzan a la adopción de decisiones vinculadas con la gestión del ente.

3. Por su parte, los arts. 37 y 38 de la ley 472 (modificados por el art. 1º de la ley 627) establecen:

> "*Art. 37* — Se establece como plazo máximo la fecha del 1º/1/2003, para que la ObSBA disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por la leyes nacionales 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas".
>
> "*Art. 38* — A los efectos de viabilizar lo dispuesto en el art. 38 [*rectus*: 37] de la presente norma, el Directorio de la ObSBA propondrá a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad, el dictado de las normas y disposiciones que se estimen necesarias para materializar tal integración y compatibilizar los regímenes de aplicación".

A partir de esas normas, la Sala II CAyT, confirmó lo resuelto por la jueza de grado, en tanto condenó a la ObSBA y al GCBA a "que en el plazo de treinta días cumplan con lo dispuesto por el art. 38 de la ley 472, y una vez sancionadas esas normas y disposiciones o bien suscriptos los convenios necesarios la ObSBA peticione —esta vez en el plazo de cinco días— su adhesión al Sistema Integrado Nacional" (ver fs. 59 y 72). Para justificar la condena impuesta al GCBA aclaró que, la adhesión al Sistema Integrado Nacional requiere, necesariamente, de una actividad a su cargo, vinculada con la evaluación y aprobación de las propuestas a las que obliga la ley. Por ello, a criterio del *a quo* difícilmente puede el GCBA resultar "ajeno a las actividades que el decisorio apelado ordena" cumplir (fs. 72).

Las consecuencias que la Cámara extrae de la normativa invocada para condenar al GCBA suponen asignarle a los arts. 37 y 38 de la ley 472 una hermenéutica incompatible, tanto con las potestades atribuidas por la Constitución al Poder Legislativo, como al Judicial, en particular, con la posibilidad de que éste último dicte sentencias dirigidas a ordenar que se emitan directivas de gobierno. Si bien la Cámara sostiene que el GCBA no es ajeno a la controversia omite considerar que entre "ajeno" y "condenado" las posibles variantes y situaciones son tantas que era necesario explicar las razones por las que, conforme las circunstancias de la causa y la normativa aplicable, las obligaciones que el Gobierno niega tener a su cargo, no solo le corresponden, sino, además, pueden serle impuestas por una sentencia.

3.1. De las normas transcriptas no cabe inferir una obligación con el contenido que el *a quo* le asignó. Disponer la solicitud de ingreso al Sistema Integrado Nacional, regido por las normas nacionales 23.660 y 23.661, es una facultad que la Legislatura se reservó al aprobar el art. 38 de la ley 472 con arreglo al cual le tocaría examinar los proyectos elevados por el Directorio de la ObSBA. Consecuentemente, resulta indisputable que todo el espectro de posibilidades que esa disposición implica es aprovechable, tanto por la Legislatura que sancionó la ley 472, como por las posteriores. La interpretación asignada por el *a quo* al art. 38 de la ley 472, implicaría que cumplidas las obligaciones a cargo de la ObSBA el Gobierno a través de la Legislatura debería emitir las normas tendientes a: *i)* disponer la adhesión al régimen nacional; y *ii)* que la ObSBA sea admitida en dicho régimen, dos compromisos que no puede asumir, el primero porque vendría a restringir el margen de posibilidades aprovechables por el legislador, según la naturaleza de esa función, y, mucho menos el segundo, que depende de un órgano nacional.

3.2. En el sistema judicial adoptado por la CCBA, en lo que aquí importa conforme al art. 106, a los jueces no compete sino la resolución

de causas, esto es, controversias relativas a la existencia y alcance de derechos subjetivos, entre partes adversarias, mediante decisiones que operen sobre esos derechos. De ahí que, cuando la controversia tiene al gobierno como uno de sus protagonistas, puede el juez anular uno de sus actos y ordenar la reparación patrimonial el daño ocasionado. Ello viene impuesto, centralmente, por los arts. 17, 18, 19 y 116 de la C.N., y sus correlativos tanto de ella como de la CCBA (v. gr. arts. 12.5, 13.3 y 106). Así se asegura el derecho a no ser "obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", la propiedad y la defensa en juicio, sin que el juez se vea necesitado a inmiscuirse en el ejercicio de una función administrativa, y menos aún legislativa. Tanto la causa de la acción como la clase de condena a que puede dar lugar quedan, como principio, a discreción del legislador, que debe observar las reglas constitucionales. Son muy escasas las ocasiones en que los jueces pueden ordenar a la administración y/o al legislador ejercer alguna función a su cargo, y en todas ellas, debe existir una norma que les acuerda tal potestad. Ello así porque su poder no deriva de lo artículos señalados arriba ni, menos aún, de la naturaleza de la función judicial que desarrollan. Asimismo, no cualquier mandato de desarrollar funciones propias de los otros poderes estatales, puede ser escogido por el legislador para ponerlo a cargo del juez. Sólo podrán integrar esa selección supuestos vinculados con el ejercicio de facultades regladas, puesto que si recayeran sobre potestades discrecionales, el legislador habría venido a desplazar una función, por ejemplo administrativa, del área del poder ejecutivo, a la de los jueces, opción que le está vedada, ya que importaría una modificación de la propia constitución, situación que resulta aún más chocante cuando implican el ejercicio de facultades legislativas. La circunstancia de que, a diferencia del mandato de los jueces, el de los legisladores emana directamente del voto popular, no es el único fundamento para excluir a los magistrados de su ejercicio, ni siquiera el principal. Las sentencias judiciales pasan en autoridad de cosa juzgada. Es decir, cobran la máxima rigidez que permite el sistema. En esas condiciones, a diferencia de lo que ocurre con un acto de la Legislatura, que como principio puede ser modificado por la Legislatura que lo dictó o una posterior, el dictado por el juez no podría serlo ni aun por otro juez. Esto implicaría un sometimiento de la voluntad política del pueblo en su actual composición y en las futuras, que no resulta constitucionalmente posible consentir [conf. mis votos *in re* "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3167/04, sentencia del 3/3/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4270/05, sentencia del 23/5/2006].

3.3. La sentencia cuestionada otorga estabilidad a un acto legislativo frente a otro acto de dicha especie, facultad indisponible aún para el legislador que, de otra manera, cumpliría funciones del constituyente. En el caso, el mandato judicial limita, sin haber brindado motivos que lo justifiquen, el libre ejercicio de una elección política que el legislador puede tomar. Su control por el poder judicial, según quedó dicho, podrá concretarse en una causa destinada a restablecer o reparar los derechos conculcados, sin poder abordar la oportunidad, mérito o conveniencia de la elección legislativa adoptada en uso de potestades privativas de ese poder estatal.

4. El *a quo* soslayó por completo el análisis de las reglas enunciadas, que debió abordar para resolver los planteos de la recurrente orientados a negar la existencia de un deber incumplido. Aún cuando fuera cierto y, hasta pudiera compartirse, que el GCBA no es ajeno a "las actividades" abarcadas por la condena de autos, la Sala II no explicó por qué a partir de la normativa aplicable a las circunstancias de hecho comprobadas en el *sub lite,* resultaría válido condenar al GCBA como lo hizo. En especial cuando, por el modo en el que concretó el dispositivo parece ordenar la indefectible aprobación de un sistema, sin haber dado siquiera sustento mínimo a un mandato de esas características. Cuando un pronunciamiento judicial impone el cumplimiento de funciones, asignadas de manera privativa a alguno de los otros poderes de gobierno, es especialmente aconsejable obrar con la máxima prudencia por cuanto el fallo, en realidad, no corrige una injusticia en una situación individual, sino que viene a sentar un criterio de carácter general, más propio de reglas legislativas que de decisiones judiciales.

En virtud de lo expuesto, no quedó demostrado en autos que el GCBA haya incurrido en falta u omisión que le sea imputable y permita hacer lugar a la acción intentada.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, y revocar la sentencia de Cámara en cuanto condena al GCBA a cumplir con el art. 38 de la ley 472, sin costas (conf. art. 14 de la CCBA).

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la impugnación constitucional propuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, de fecha 7/12/2006.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita la queja, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregada a los autos principales.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXVI

"INCIDENTE DE EXCARCELACIÓN EN AUTOS 'LEMES, MAURO ISMAEL S/INFRACCIÓN ART. 189 BIS, C.P. LEMES, MAURO ISMAEL S/INF. ART. 189 BIS C.P.' S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5157/07 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE EXCARCELACIÓN EN AUTOS LEMES, MAURO ISMAEL S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Resolución que deniega el pedido de excarcelación. Sentencia equiparable a definitiva. Caso constitucional. Reincidencia. Alcance del principio de *ne bis in idem*. Derecho penal de autor. Régimen de prisión preventiva. Ley 1287. Aplicación supletoria del art. 317 del Código Procesal Penal de la Nación. Naturaleza y caracteres de la prisión preventiva. Duración de la pena privativa de la libertad. Derecho penal preventivo.

Expte. nº 5158/07 - 28/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Con fecha 19/7/2006 este tribunal confirmó, en cuanto fue materia de recurso de inconstitucionalidad, la condena que la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas impuso al señor Mauro Ismael Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión, comprensiva de otras condenas pretéritas, por haberlo encontrado penalmente responsable en calidad de autor de la conducta tipificada en el art. 189 bis, C.P., último

párrafo. Contra dicho pronunciamiento, la defensa del Sr. Lemes interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido en cuanto cuestionaba la constitucionalidad de la agravante prevista en el mencionado párrafo del art. 189 bis, C.P., por considerarlo una manifestación de derecho penal de autor, y contrario al *ne bis in idem.* Al día de la fecha no se ha notificado pronunciamiento alguno de la CSJN a este respecto.

2. A su turno, con fecha 18/9/2006 la defensa del Sr. Lemes había solicitado ante el Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 6 que se dispusiera su excarcelación en los términos del art. 317, inc. 5º, CPPN (fs. 21/28), lo que fue rechazado por el juez a cargo (fs. 33/36 vta.). Luego, sobre la base de que el art. 317, inc. 5º, CPPN no prevé el otorgamiento de la excarcelación a aquellos sujetos procesados que, de quedar firme una condena en su contra, serían reincidentes en los términos de los arts. 14 y 50 C.P., la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas decidió: "I) *Confirmar* el auto de fs. 33/36, en cuanto *deniega la excarcelación* de Mauro Ismael Lemes, bajo ningún tipo de caución (arts. 280 y 319 del CPPN), y *rechaza* los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del C.P. formulados por la defensa [...]" (fs. 65/69).

3. Contra dicho pronunciamiento, la defensa del Sr. Lemes interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 72/84) expresando los agravios que se describen a continuación:

a) Afectación de los principios de inocencia, de libertad durante el proceso y de legalidad (arts. 14, 18 y 75, inc. 22, C.N., 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCP), por el modo en que la Cámara interpretó el art. 317, inc. 5º, del CPPN. Según la defensa, los camaristas agregaron requisitos no previstos en la ley al analizar la procedencia de la excarcelación oportunamente solicitada, toda vez que, a su entender, dicha disposición es indiferente a la declaración de reincidencia del condenado.

b) Subsidiariamente, planteó la invalidez constitucional de los arts. 14 y 50 del C.P. En este sentido, indicó que la prohibición de obtener la libertad condicional para quienes fueron declarados reincidentes resulta una manifestación de derecho penal de autor, prohibida por el art. 19, C.N. y por el 13.9, CCBA; además, sostuvo que la aplicación de la reincidencia supone valorar nuevamente una conducta que ya fue juzgada, lo que afecta la garantía de *ne bis in idem* (arts. 8.4 CADH, 14.7 PIDCyP, en función del art. 75, inc. 22, C.N.). Ello, dado que dicha imposibilidad de obtener la libertad condicional, en la interpretación del *a quo*, fue la razón sobre cuya base denegó el pedido de excarcelación.

c) Para el caso en que no se descartara —por inconstitucional— la figura de la reincidencia, solicitó que no se aplicara al caso en tanto el imputado no había cumplido en detención como condenado los dos tercios de la pena que se le había impuesto en un proceso anterior.

4. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido por la Cámara sólo respecto del agravio vinculado a la invalidez constitucional de la declaración de reincidencia (fs. 90/94). Con relación a los que fueron denegados —punto 3, a y c, de estas resultas— la defensa interpuso recurso de queja, la que fue acumulada al expte. nº 5158 por resolución del juez de trámite dictada el 26/2/2007 (fs. 150/161).

5. El Fiscal General Adjunto, al contestar las vistas conferidas (fs. 101/2 y 166/7), propuso que se rechazara tanto el recurso de inconstitucionalidad concedido como la queja presentada. En este sentido, estimó que la ley local 1287 estableció un sistema propio respecto a la procedencia y subsistencia de la prisión preventiva. Por lo tanto, concluyó que la discusión propuesta por la defensa sobre cómo interpretar el art. 317, inc. 5º, del CPPN, y su vinculación con los arts. 14 y 50 del C.P., no es procedente debido a que involucra normas nacionales que no se aplican al caso.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, parcialmente concedido, fue interpuesto por escrito, en tiempo oportuno, ante el tribunal superior de la causa, y está dirigido contra una sentencia equiparable a definitiva. En efecto, tratándose de una resolución que ha denegado un pedido de excarcelación, es aplicable el criterio de la CSJN según el cual las resoluciones que importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencias definitivas. En esa línea, para obtener la tutela inmediata de la libertad, bien irremplazable, sin convertir a esta instancia en ordinaria y hacerla adoptar posturas relativas al caso prematuramente, es preciso que se ponga en tela de juicio la validez constitucional del régimen que regula la restricción de la libertad durante el proceso o que se presente un supuesto en el que los jueces exceden de modo palmario el margen de discrecionalidad que el legislador les ha conferido (ver CSJN, causa D.199 XXXIX, del 3/5/2005 con sus citas y *Fallos,* 314:451) —criterio que expuse *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 4962/06, resolución del 20/12/2006.

Asimismo, el recurrente expone correctamente un caso constitucional cuando postula que el principio *non bis in idem* y la prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor —garantías consagradas tanto en el orden constitucional local, cuanto en el federal (conf. CSJN *in re* G. 560. XL, "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa", causa nº 1573, resolución del 5/9/2006) impiden distinguir entre procesados que, de ser condenados de modo firme, serían considerados reincidentes, y aquellos otros que no lo serían, a efectos de otorgar una excarcelación.

En cuanto a la queja, debe ser rechazada. En efecto, asiste razón al *a quo* en cuanto entendió que los agravios respecto de los cuales se denegó el recurso de inconstitucionalidad, más allá de los principios constitucionales invocados por el recurrente —inocencia, libertad durante el proceso y legalidad—, no pasan de expresar la discrepancia del recurrente con la interpretación dada por los jueces de mérito a normas infraconstitucionales no federales o procesales —art. 50, C.P., y art. 317, inc. 5º, CPPN, aplicado en el orden local por remisión—, cuya arbitrariedad no ha sido establecida por el recurrente. En cuanto al depósito previo, éste no resulta exigible (conf. art. 34, ley 402, y art. 3º, inc. f], ley 327).

2. El señor Fiscal General Adjunto opinó que ni aquellos agravios por los que el recurso de inconstitucionalidad fue concedido ni aquellos otros por los que no lo fue muestran un caso constitucional susceptible de ser tratado en esta instancia. Ello así, porque el art. 317 del CPPN, que contiene la limitación en que fundó su decisión la Cámara y que el recurrente tacha de inconstitucional, no sería aplicable por los tribunales de nuestra Ciudad, debido a que la ley 1287 regula específica y plenamente el régimen de prisión preventiva, excluyendo, en consecuencia, la supletoria aplicación de las disposiciones del CPPN, precisamente porque no habría ausencia que suplir. Es específica, porque regula este instituto, en el art. 57, inc. 3º, del capítulo XIV agregado a la Ley de Procedimiento Contravencional y de Faltas, con reglas que difieren de las nacionales, no solamente en su formulación sino también en su filosofía. Es plena, porque comprende también, en su inc. 4º, el cese de la prisión preventiva, antes que la libertad provisoria o la excarcelación —lo que, lejos de mostrar una divergencia meramente terminológica evidencia una diferencia conceptual profunda—, y una remisión al CPPN acotada a las medidas del art. 310 de dicho cuerpo normativo. En tales condiciones, la controversia debió ser resuelta por aplicación de la citada ley 1287 por lo que los agravios relativos a la validez del art. 317, inc. 5º, carecerían de relación directa con el fondo de la cuestión (ver fs. 101 y 166/167). Más allá del serio fundamento de la interpretación de las normas infraconstitucionales introducida por el señor Fiscal General Adjunto, no es sencillo para este

Tribunal ingresar a la cuestión cuando ella no viene propuesta por el recurrente y éste bien puede considerar que admitirla supone una *reformatio in peius*. Ello así, debido a que, aun cuando la ley 1287 no contiene el límite legislativo apoyado en la hipótesis de reincidencia, tampoco contiene otros supuestos del CPPN que pueden resultar beneficiosos para el imputado. A su turno, la mayor libertad de apreciar las circunstancias del caso a la luz de las finalidades del instituto de prisión preventiva que consagra no veda al juez utilizar como criterios los previstos en el art. 317 citado, también a favor del imputado. Esta circunstancia impone tratar la impugnación presentada por la defensa, toda vez que podría alternativamente ser opuesta a una disposición como la contenida en el citado art. 317 o a una denegatoria del beneficio fundada en que la hipótesis de reincidencia le brinda apoyo suficiente a la luz del art. 57, inc. 3º, de la Ley de Procedimiento Contravencional reformada por la ley 1287. Con esta perspectiva, y habida cuenta de que los agravios del recurrente se dirigen al régimen de excarcelación que fue efectivamente aplicado al caso por los jueces de mérito, la relación directa de los agravios con lo resuelto está fuera de duda.

3. La cuestión a dilucidar, entonces, consiste en determinar si es válida la regla aplicada por el *a quo* en materia de excarcelación. Según ella, una persona que enfrenta la posibilidad de ser condenada en condiciones tales que no le impedirían obtener la libertad condicional tiene derecho a ser excarcelada cuando haya transcurrido en prisión preventiva el tiempo que le permitiría obtener dicha liberación condicional; por lo mismo, aquellas personas que, en razón de su reincidencia, no les sería posible obtener la liberación condicional (conf. art. 50, C.P.), sólo quedan en situación de alcanzar la excarcelación una vez agotado el tiempo de la condena que podría corresponderles. El tratamiento pormenorizado de esta cuestión, como se verá a continuación, nos lleva a analizar, en primer término, si es admisible a la luz de la C.N. y de la CCBA que el régimen de prisión preventiva —art. 317, inc. 5º, CPPN, tal como fue aplicado por el *a quo* y *mutatis mutandis*, por lo dicho en el punto anterior, una denegatoria dispuesta en el exclusivo marco del art. 57, inc. 3º, ley 12, con base en la misma hipótesis de reincidencia—[29] otorgue un tratamiento más gravoso a quienes enfrentan amenazas de pena, a su turno, también más gravosas. Superado dicho escollo, conforme fundaré a continuación, la regla aplicada por el *a quo* todavía necesita que se determine también si una ley que prevé una pena más gravosa es válida a la luz de ambas constituciones. En otras palabras, si bien en autos estamos frente a un pedido de excarcela-

[29] Omitiré esta aclaración en lo que sigue.

ción o cese de la prisión preventiva —y no de libertad condicional—, el análisis del mérito del recurso no se completa sin abordar lo relativo a la constitucionalidad del régimen de reincidencia en cuanto incrementa la magnitud y agrava el modo de cumplimiento de la sanción que recae sobre los reincidentes en comparación con aquella que hace pesar sobre quienes no lo son (conf. arts. 13, 14 y 50 C.P.). Asimismo, vale aclarar que ello no resulta prematuro, toda vez que el análisis es pura y exclusivamente a efectos del pedido de excarcelación o cese de la prisión preventiva, que ya ha sido efectivamente denegado.

4. Comencemos por recordar que la prisión preventiva, a pesar de lo extremadamente gravosa que resulta, no constituye una pena. Si lo fuera, violaría la regla constitucional según la cual nadie puede ser penado sin juicio previo. Constituye, en cambio, una medida cautelar, cuya única explicación es asegurar la comparecencia a estar a derecho del procesado, especialmente en el supuesto de terminar condenado, y conjurar el riesgo de que se entorpezca la investigación (conf. doctrina de *Fallos,* 321:3630, considerando 7). Escapa, por ello, a la incumbencia del *non bis in idem,* mientras que debe satisfacer otros recaudos propios de medidas de su indicada especie. Centralmente, ser idónea para el logro de la finalidad señalada, cuya legitimidad no ha sido puesta en tela de juicio, y ser proporcional, el sacrificio que impone, al valor de aquel propósito.

Una vez que el procesado toma conocimiento de que arriesga una pena aparece para él un incentivo objetivo a no presentarse; eludir la pena decretada o el riesgo de que le sea impuesta. A su vez, la eventual elusión tiene costos serios: vivir proscripto. Realizar un balance puramente racional de incentivos y circunstancias disuasivas, libre aún de factores psicológicos cuya influencia, empero, es innegable, permite conjeturar cuál puede ser el saldo que arroje un balance de iguales factores hecho, esta vez, por el procesado. Este balance debe ser hecho por el juez y puede en buena medida hacerlo el legislador. Esta última circunstancia es la que justifica que adopte recaudos de índole necesariamente general tal como el que nos ocupa u otros basados también en la magnitud de la sanción que eventualmente podría recaer sobre el procesado para sujetarlo a prisión preventiva o acordarle la libertad provisoria. Ya sea hecha por el legislador o por el juez, la evaluación servirá, en última instancia, para conjeturar cuál será la futura conducta del procesado. El hecho de que el régimen de excarcelaciones otorgue un tratamiento más gravoso a quienes enfrentan amenazas de pena también más gravosas no aparta de su legítimo propósito a la medida cautelar que nos ocupa. Ello así, porque *ceteris paribus* la mayor pena que arriesga quien corre el peligro de ser declarado reinci-

dente suma a la condena que resulta, en el caso, del art. 189 bis, C.P., el cumplimiento de la porción restante de la sanción materia de la anterior condena y, finalmente, la imposibilidad de obtener la ejecución condicional de la nueva. La opción legislativa, aplicada a la situación a cuyo respecto nos toca decidir, no es más que una razonable apreciación de los incentivos a que me referí antes.

No viola, por ende, ninguna de las garantías invocadas por el recurrente. Por una parte, la garantía del *non bis in idem* carece de relación directa con la cuestión propuesta, toda vez que el régimen de detención provisional de un imputado, al ser una medida cautelar y no una pena, es completamente ajeno a sus alcances. No es éste el caso del precedente "Gramajo" en el que la CSJN señaló que la nueva pena violaba alternativamente el citado principio o bien el de proporcionalidad de la sanción. Aquí bastaría que la privación de libertad fuere una sanción para fulminarla, sin que un examen de proporcionalidad o una vinculación a un hecho por el que no se hubiera impuesto castigo pudieran salvar el vicio apuntado. En todo caso, si cupiera advertir que el balance de incentivos para no comparecer y circunstancias que disuadan de eludir la justicia difiere objetivamente del que formula apriorísticamente el legislador, quedaría así demostrado que la medida se aleja de la finalidad que persigue o es desproporcionada, supuesto en el que sería inaplicable e inválida la ley que condujese ciegamente a ella.

La misma conclusión se impone en cuanto a la prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor. El trato procesal más gravoso que se dispensa en este caso, no mira hacia el pasado del imputado, ni al modo en que conduce su vida —conf. doctrina *in re* "Gramajo", considerandos 17 y 18 del voto de la mayoría—. Por el contrario, simplemente analiza si la hipótesis de una condena elimina la posibilidad de que sea liberado condicionalmente, para lo que no necesita hacer evaluación o reevaluación alguna de lo obrado por el imputado en el pasado, ni tampoco que se le dé un tratamiento sobre la base de una supuesta peligrosidad en su personalidad. Sencillamente se toma el dato objetivo de la realidad, según el cual, de ser condenado, y mantenerse el régimen jurídico vigente, no podrá obtener la libertad condicional.

La regla bajo examen, razonablemente, brinda un distinto trato procesal sobre la base de distintas situaciones particulares relevantes. Concretamente, lo que busca el régimen, tal como ha sido aplicado por la Cámara, es que nadie esté detenido preventivamente más tiempo del que le podrá corresponder en virtud de la eventual condena, fin por demás razonable. En tales condiciones, resulta imperativo analizar en cada caso concreto cuál es la duración de la pena privativa de la libertad que se cierne

sobre la persona en prisión preventiva, a efectos de determinar la duración máxima de dicha medida. Ninguna garantía constitucional se ve afectada por dicha distinción en el trato.

5. Ahora bien, tal como ya fuera anunciado, en última instancia, la regla reposa en el régimen de libertad condicional que, al no conceder el beneficio a los reincidentes, es el que genera el agravamiento de la pena (conf. arts. 13, 14 y 50 C.P.), que justifica la conclusión alcanzada en el punto anterior. En verdad, a ello apuntan, en último análisis, los agravios vertidos por el recurrente.

En este orden de ideas, el agravio que busca apoyo en la garantía del *non bis in idem* no puede tener acogida favorable. En este sentido, tal como recordé en mi voto integrante de la mayoría del fallo de fecha 19/7/2006 en esta causa, cabe recordar la doctrina de la CSJN con arreglo a la cual "...el principio *non bis in idem*, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta 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 una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante 'Pace v. Alabama', 106 U.S. 583, 'Leeper v. Texas', 139 U.S. 462 y 'Moore v. Missouri', 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V.172.XXI. 'Valdez, Enrique Carmelo y otra s/robo con armas y encubrimiento', del 21/4/1988)" (*Fallos,* 311:1451, considerando 7º). Asimismo, según señala como catedrático mi colega Julio B. J. Maier "[...] la anatematización de la agravación de la pena del delito posterior para el reincidente, en virtud de la regla básica del *ne bis in idem*, suena tanto a una exageración, conforme al buen sentido común, como a una desviación del problema de su ámbito específico. En realidad, aquello que se toma en cuenta para que esta agravante genérica incida sobre la escala penal *o tan solo sobre la forma de cumplir la pena*, no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho [...] de la condena o la pena sufrida. El hecho punible anterior, en sí, no se vuelve a juzgar, ni se pena nuevamente..." (conf. *Derecho procesal penal*, t. I, p. 643, resaltado añadido). En la misma línea, señala Eberhard Schmidt que lo determinado por el principio *non bis in idem* es "que el objeto litigioso resuelto por la sentencia formalmente firme no puede ser objeto de litigio en un nuevo proceso y en una nueva sentencia" (conf. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 160), supuesto que difiere de aquel de autos, en el que el legislador tomó en cuenta el cumplimiento

parcial de una pena de prisión como dato objetivo y formal para ajustar el tiempo y la forma en el que se podrá autorizar una determinada modalidad de egreso del establecimiento carcelario.

En este punto se hace forzoso analizar la compatibilidad de este criterio con lo resuelto por la CSJN *in re* "Gramajo", donde nuestro máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del C.P. Muy sintéticamente, el voto de la mayoría consideró que dicha medida constituye una pena, en lugar de una medida de seguridad, que, como tal, resulta una manifestación vedada del derecho penal de autor (considerandos 17 y 18), y es desproporcionada toda vez que no guarda relación con la magnitud del ilícito del hecho presente (considerando 19) —por un delito contra la propiedad que devino en una condena a dos años de prisión, por el art. 52 del C.P., la pena en definitiva alcanzaba la mínima prevista para el delito de homicidio simple, con más otros cinco años de libertad condicional—. Recién en este punto del análisis, la mayoría del tribunal recurre a la garantía del *non bis in idem* para fundar su posición, pero no lo hace de modo tal que vede la consideración de toda condena pretérita que haya cumplido la persona ahora condenada nuevamente. En rigor, lo que para el criterio de la mayoría violaría el criterio del *non bis in idem* sería tratar de justificar la desproporción de la pena, o más bien, tratar de justificar su magnitud en relación con los hechos penados, sobre la base de las condenas anteriores. Entonces, en este precedente la mayoría no ha dado a la garantía un alcance tal que pueda revertir el criterio de los fallos citados en el párrafo anterior. Aunque con fundamentos diferentes concurren en esta apreciación los ministros Petracchi, Fayt y Argibay. El voto del ministro Petracchi, expresamente distingue el supuesto analizado en dicho precedente, de aquel en el que se deniega la libertad condicional de un condenado en virtud de su calidad de reincidente (considerandos 13 a 18 inclusive). El Dr. Fayt, por su parte, entendió comprometida la garantía del *non bis in idem* por razones extrañas a las de un supuesto de denegación de libertad condicional por reincidencia; a saber, entendió que, toda vez que el último hecho delictuoso, así como los anteriores, ya habían recibido todos la pena correspondiente prevista en el Código Penal, la sanción de reclusión accesoria configuraba una segunda sanción por los mismos hechos. Si bien es cierto que deja como interrogante si es admisible agravar la pena, aún dentro de la escala penal, por la condición de reincidente (conf. art. 41, C.P.), no se expidió a ese respecto (ver considerando 25). Finalmente, la Dra. Argibay, lisa y llanamente no apoyó su voto en razones relativas al principio de *non bis in idem.* Así, ninguno de los votos descarta un incremento de la pena correspondiente al hecho aún no juzgado cuando ese

incremento no torna desproporcionada la sanción. Esto puede colegirse, además, de la circunstancia de que el fallo no se apoya en el hecho de que los reincidentes reciben una mayor pena que el resto de los condenados, sino que se apoya en el hecho de que la sanción que resulta del art. 52, C.P. resulta desproporcionada en relación con el hecho juzgado en último término.

6. Continuando en lo que hace al régimen de libertad condicional, el agravio que busca apoyo en la prohibición de toda manifestación del derecho penal de autor (arts. 19 C.N. y 13.9, CCBA) tampoco puede tener acogida favorable.

En este sentido, la CSJN ha sostenido que "[...] *la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción* no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, *lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito* [...] Es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta" (*Fallos,* 311:1451, considerandos 7º, 2º párrafo, sin resaltar en el original y con validez). Asimismo, ha dicho el Tribunal cimero 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, considerando 5º).

Estos dos fallos deben conjugarse con el citado en el punto anterior (*Fallos,* 311:1451, considerando 7º) que —conforme se reseñó— convalidó la política del legislador de reajustar el tratamiento penitenciario de aquellos sujetos que ya hubieran sufrido las privaciones que supone una pena de prisión y, no obstante, incurrieron en un nuevo delito. Tal es lo que ocurre en el caso: el *a quo* consideró, sobre la base de los arts. 13 y 50 del C.P., que el dato objetivo y cierto de haber permanecido en prisión como condenado, y luego haber vuelto a infringir la ley penal dentro de los plazos del mencionado art. 50, augura que, de confirmarse definitivamente la condena sobre el Sr. Lemes, éste no estará en condiciones de obtener el beneficio. Ello, conforme se destacó, no fue en el marco de un pedido de libertad condicional, sino a efectos de evaluar la procedencia de una excarcelación solicitada en los términos del art. 317, inc. 5º, CPPN.

En este punto del voto, nuevamente cobra relevancia analizar la compatibilidad de lo expuesto en este punto con lo resuelto por la CSJN *in re* "Gramajo", toda vez que, conforme ya fue anunciado, también fue aplicada allí la garantía contra el derecho penal de autor para declarar la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 del C.P.). Al igual que respecto de la garantía del *non bis in idem*, de los fundamentos apoyados en la garantía contra toda expresión de derecho penal de autor, no se colige que se le haya dado a dicha garantía un alcance tal que vede la exclusión de los reincidentes del régimen de libertad condicional. En efecto, al igual que lo ocurrido con el *non bis in idem*, la aplicación de la prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor estuvo determinada, en dicho precedente, por la enorme desproporción existente entre la pena legislativamente prevista para el delito por el que se condena, y la efectivamente impuesta por aplicación del art. 52 del C.P. A criterio de la Corte, dada la magnitud de la sanción impuesta en definitiva, en virtud de dicho artículo, no se está "midiendo la lesión de un bien jurídico determinado, sino la conducción que de su vida hace el agente" (ver considerandos 18 y 19 del voto de la mayoría). La denegación de la libertad condicional a los reincidentes, naturalmente, no participa de dichas características, toda vez que la sanción impuesta en definitiva, en este caso, siempre se mantiene dentro de la escala penal prevista por el legislador para el delito en concreto, sin que la constitucionalidad de dicha escala esté sujeta a escrutinio en oportunidad de dictar la presente resolución.

7. No obstante lo expuesto, vale demarcar los límites de la regla descripta. El legislador no puede negar la libertad condicional a un sujeto por la sola circunstancia de que cometió alguna vez un delito y fue penado por ello. El legislador puede utilizar este mecanismo siempre que muestre alguna razón distinta de la mera discriminación. Ahora bien, si de la circunstancia de que se cumplió una pena por una condena anterior, el legislador extrajere alguna razonable conjetura referida a una mayor resistencia a la corrección que implica la pena en la conducta del sancionado, estamos simplemente frente a un supuesto de prevención especial, aún cuando la diferencia pueda ser sutil. *Ergo*, si alguien prueba que no hay ninguna razón para pensar que este tratamiento obedece a una prevención especial más adecuada, hay serias sospechas de que estamos frente a un supuesto de derecho penal del autor. En autos, el Sr. Lemes no muestra que en su caso estemos frente a un supuesto de estigmatización, sino ante uno de prevención especial que obedece a su resistencia a la pena. A esta altura del análisis, no es ocioso recordar que cuando al Sr. Lemes se lo detuvo portando sin autorización el arma de uso civil —hecho que le valió

la condena impuesta en el presente proceso— estaba gozando del beneficio de la libertad condicional que le había sido otorgado, en el marco del cumplimiento de una pena única de siete años de prisión, dictada el 7/6/2002, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, y de la sanción de un año de prisión en suspenso —cuya condicionalidad se revocó— impuesta el 5/6/2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29, inc. 3º, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166, inc. 2, y 189 bis [2], último párrafo, del C.P.).

8. Finalmente, y volviendo propiamente a la cuestión de la excarcelación (o de la revocación de la prisión preventiva del inc. 4º del art. 57 local), no quisiera dejar de destacar que lo sostenido en el presente voto no tiene el alcance de convalidar una regla según la cual una persona procesada, cuya eventual condena le valdrá una declaración de reincidencia, no tiene derecho a obtener una excarcelación hasta tanto haya transcurrido en detención el tiempo de la eventual condena. La prisión preventiva, para ser aplicable, requiere que, en todo momento, se mantengan las condiciones que la justifican: el riesgo de que se entorpezca la investigación, o de que el imputado no comparezca a derecho. Ausentes tales motivos, la detención de una persona respecto de la que no pesa condena firme alguna, no puede ser considerada más que una pena o sanción, aplicada en violación de la presunción de inocencia que consagran la Constitución Nacional y la CCBA. Dicho criterio debe ser aplicado con independencia de la eventual declaración de reincidencia que pueda pesar sobre el imputado, cuya única incidencia podría provenir del incremento de pena que genera. Sería esta mayor sanción arriesgada y no la reincidencia lo determinante a los fines de la medida cautelar que nos ocupa. O sea, si bien la mayor sanción arriesgada supone un mayor incentivo a no comparecer a derecho, lo cierto es que ello no impide descartar la probabilidad de que ello ocurra, por lo que siempre deberá comprobarse la concurrencia de los extremos que justifican la medida. En este sentido, concuerdo con el criterio sostenido por la CSJN en *Fallos,* 321:3630 (autos "Nápoli"), en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la ley 24.410, en tanto privaba al imputado del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia (ver, particularmente, considerandos 7 y 17). A su turno, no se me escapa que tal es la solución que dispone el art. 57, inc. 3º, de la ley local 1287.

9. No comparto la interpretación que mi colega, el Dr. Julio B. J. Maier, hace de los arts. 317 y concs. CPPN, en su aplicación local, en

cuanto otorgarían a la CSJN, durante la tramitación del recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia de condena, la competencia para decidir sobre la excarcelación del recurrente. Desde luego, es cierto que las normas intentan que la resuelva quien más inmediatamente tiene acceso a las actuaciones, visiblemente inspiradas por la voluntad de propender a la más inmediata libertad de quien tuviere derecho a ella. Pero una cosa es el ámbito local, donde lo único que estaría superando esta norma es la doble instancia, siempre que la hubiera querido superar también el interesado directo, y otra bien diferente es que esté habilitando una instancia externa revisora cuya competencia no alcanza ni a los hechos, ni al derecho común, ni al local, todos ellos predominantemente en juego en esta clase de solicitudes. A su vez, interpretada con el alcance propuesto por mi colega, entiendo que la regla del art. 316 y concs., CPPN desconocería los límites de la competencia originaria de la CSJN, cuya modificación está más allá de las competencias de, incluso, el legislador federal (conf. doctrina de *Fallos,* 32:120).

Finalmente, dejo aclarado que no estoy asumiendo que los arts. 317 y concs. del CPPN deban ser aplicados supletoriamente a este respecto (conf. art. 55, ley 12), sino que, aún cuando lo fuesen, no tendrían el alcance propuesto. No me pronuncio respecto de la cuestión referida toda vez que, en rigor, no ha sido objeto de agravio por la parte recurrente.

10. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 150/161 vta., y no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que obra a fs. 72/84 vta.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al enjundioso voto del señor juez de trámite, Luis Francisco Lozano, en cuanto propone —como dispositivo de esta sentencia— rechazar la queja deducida y no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. Si bien considero que mi distinguido colega ha examinado suficientemente todas las cuestiones debatidas en este sumario, a mayor abundamiento, cabe agregar lo siguiente:

a) El defensor cuestionó la interpretación que realizaron los jueces de la causa respecto del art. 317.5, CPPN, según la cual el imputado —al haber sido declarado reincidente— no pudo obtener la excarcelación solicitada, por cuanto, a criterio de los magistrados, dicha norma infraconstitucional no sólo haría mención "al tiempo" de detención que le hubiera permitido al encartado obtener su libertad condicional (cuando hubiera observado los reglamentos carcelarios), sino que, además, ella haría referencia "al cumplimiento" de los restantes requisitos para alcanzar dicha

libertad condicional. Esta conclusión se afianzó en una exégesis originalista del texto legal que buscó apoyo en la voluntad de quien lo redactó, pues el legislador nacional habría procurado —al establecer los supuestos en los que procede la excarcelación— evitar que aquel que aún no registre una sentencia condenatoria firme en su contra se encuentre en una peor situación que aquella en la cual se encontraría si esta condena hubiera quedado firme. En este caso la declaración de reincidencia dictada no le habría permitido al imputado gozar de tal beneficio, por lo cual, la denegatoria de la excarcelación, por ese motivo, no lo dejaría en una peor situación.

De cara a ello, la defensa propuso una interpretación diametralmente distinta a la reseñada, pues opinó que no era posible tomar en consideración aquella declaración de reincidencia sin lesionar gravemente los principios de legalidad e inocencia. No obstante, o pese al esfuerzo argumental puesto de manifiesto por el esmerado defensor, la interpretación objetada no consagra un absurdo, ni se aparta de modo manifiesto del texto legal. En efecto, no ha habido ninguna interpretación extensiva o amplia de tal norma, sino que ésta es el resultado de la simple lectura del art. 317.5, CPPN, que al mencionar el instituto de la "libertad condicional", para determinar "el tiempo" de detención que permitiría la concesión de la excarcelación, no haría más que remitirnos, automáticamente, a las condiciones que hubieran autorizado la aplicación de tal instituto. Por otra parte, tampoco corresponde soslayar que esta exégesis estuvo acompañada argumentalmente, en el análisis de los jueces de mérito sobre la posible inconveniencia de disponer la libertad del imputado, por una serie de consideraciones en cuanto al elevado monto de pena que todavía le restaba por cumplir al encartado, lo cual, objetivamente, hacía presumir que, de recuperar su libertad, podría intentar eludir la eventual respuesta punitiva. Con ello, los jueces de mérito no sólo habrían dado una respuesta razonable sobre la inteligencia de esta norma infraconstitucional, sino que, igualmente, habrían valorado los restantes extremos que inspiraban el mantenimiento de dicha medida cautelar, de naturaleza excepcional como tal, de acuerdo a los parámetros regulados por el art. 319, CPPN, o, mejor aún, por el art. 57.3 de la ley 12 (modificada por las leyes 1287 y 1330).

En consecuencia, como lo anticipara el *a quo* en su estudio preliminar de admisibilidad del recurso parcialmente admitido, las argumentaciones del recurrente en relación a este supuesto agravio constitucional no superan los límites de una mera discrepancia, discrepancia que, por lo demás, no parece encontrarse avalada por la doctrina o jurisprudencia nacional como lo asume el propio interesado en todas sus presentaciones.

b) La defensa argumentó, subsidiariamente, la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, C.P., en un caso, porque la prohibición de obtener la libertad condicional para quienes fueran reincidentes resultaría una manifestación de derecho penal de autor y, en el otro, porque esa declaración de reincidencia, *per se*, lesionaría la garantía del *non bis in idem*, en tanto importaría valorar nuevamente una conducta ya juzgada. Naturalmente, este agravio ha dejado de ser meramente hipotético ("Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte nº 4603 y su acumulado "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación'", expte. nº 4602, sentencia del 19/7/2006), esto es, ha pasado a ser actual y cierto, toda vez que aquella declaración ha proyectado efectos concretos al servir de fundamento para denegar su solicitud de excarcelación. Sin perjuicio de ello, él no puede prosperar por los motivos que, sintéticamente, expondré a continuación.

En primer lugar, el sistema jurídico establece una distinción razonable entre aquellas personas que ya hubieran cumplido, total o parcialmente, una sanción de prisión efectiva dentro de los límites temporales fijados por el art. 51, C.P., respecto de aquellas otras que nunca han pasado por esa situación. Dicha distinción legal obedece a una finalidad admisible dentro del esquema constitucional de valores, pues se pondera válidamente la diferente situación objetiva y real de un determinado sujeto frente al orden jurídico, para ajustar el tiempo y forma en la cual, eventualmente, se podrá autorizar una diferente modalidad de egreso del establecimiento carcelario. Ello, en rigor de verdad, no supone una consecuencia que agrave la pena, sino un impedimento para que un imputado obtenga un beneficio, que, como tal, puede o no otorgarse, es decir, sólo importa una mayor severidad en el cumplimiento de la sanción que se traduce en la necesidad, expresada por el Legislador, de que aquélla se agote íntegramente, severidad ésta, que a su vez puede justificarse en el mayor grado de culpabilidad de quien, a pesar de haber sufrido previamente una pena de idéntica naturaleza, recae en el delito en un lapso relativamente breve. Por ello, como lo expone el señor juez de trámite, con sustento en las constancias de autos, no es éste un supuesto en el cual corresponda hablar de derecho penal de autor, sino, en principio, de "prevención especial" frente a la insensibilidad, resistencia o desprecio de aquel autor ante la pena.

En segundo lugar, por similares motivos, tampoco es posible sostener que el instituto de la reincidencia importe una lesión concreta a la prohibición del doble juzgamiento, habida cuenta que en tal declaración no se verifica la conjunción de las tres identidades que, según la doctrina

tradicional, debiera reunir para quebrantarse aquella garantía. Ello así, por cuanto la declaración de reincidencia no es más que una consecuencia directa de un *hecho nuevo e independiente* del delito antecedente. En efecto, la sentencia condenatoria dictada con relación al hecho anterior, en virtud de la cual el imputado puede ser declarado reincidente, es tomada en consideración, como un dato formal de la realidad, pero ello no significa de manera alguna que este delito vuelva a ser juzgado o que sobre él pueda recaer otra sanción en un nuevo proceso judicial, pues vale recordar que la reincidencia no es tal. Por el contrario, esa sentencia condenatoria previa es considerada, con valor de cosa juzgada, a fin de comprobar si corresponde o no conceder un beneficio legal, esto es, ni siquiera resulta importante conocer en qué consistió este hecho, ya que sólo tiene trascendencia el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta en aquélla o, mejor dicho, su fracaso.

c) Finalmente, el quejoso impugnó la declaración de reincidencia en el caso concreto, por cuanto, el imputado, según su razonamiento, al momento de dictarse la condena en este proceso, no habría cumplido dos tercios de la pena de prisión efectiva que se le fijó en un proceso anterior, todo lo cual, en su opinión, tornaría inaplicable el instituto. No obstante, en este punto ocurre algo similar a lo apuntado en el apartado a) —no fue en vano, entonces, que el *a quo* declarara inadmisible el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a estos dos agravios—, toda vez que el planteo desarrollado por la defensa no es más que la exposición de su manera peculiar de interpretar el art. 50, C.P., en virtud de la cual discrepa respecto al alcance que los magistrados dieron al término "parcialmente" que menciona dicho precepto. Más allá del cúmulo de observaciones realizadas por el defensor en cuanto a los fines de la pena en cualquier Estado de Derecho, lo cierto es que no logra demostrar que su propuesta sea la única constitucionalmente válida o tolerable. En muy pocas palabras, no ha acreditado por qué motivo sería manifiestamente contrario a la C.N., o a la CCBA, darle al término "parcialmente" un alcance más amplio que aquel que pretende, indudablemente, porque favorece a los intereses de su asistido.

Por otra parte, tal como lo ha reconocido el interesado, esta discusión no es novedosa, pero, vale decir, ella ha quedado zanjada por la mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de nuestra Ciudad (en el plenario "Guzmán" del 8/8/1989) y, en particular, por la CSJN (*Fallos,* 308:1938), predominando, casualmente, la doctrina contraria a la que esgrime el recurrente, según la cual, a los fines de la reincidencia, cualquier tiempo de pena resulta suficiente como

cumplimiento parcial de la condena. La exégesis propuesta por el quejoso llevaría prácticamente, en palabras del alto Tribunal, a la eliminación de dicho instituto, consecuencia no querida por el legislador, pues, de lo contrario, habría bastado con suprimirlo. No resulta ocioso aclarar —*obiter dictum*— que si bien una de las consecuencias más importantes de la declaración de reincidencia consiste en la imposibilidad de alcanzar la libertad condicional (art. 14, C.P.) —imposibilidad que, a su turno, le valdría al imputado la denegatoria de su excarcelación, en función del art. 317.5, CPPN—, a una conclusión idéntica se pudo haber llegado sin entrar a considerar esta declaración de reincidencia, si se hubiera hecho jugar en la especie la prohibición expresa que impide otorgar aquel beneficio a quien ya le fue revocado (art. 17, C.P.), como, de hecho, ocurrió con el aquí encartado. En consecuencia, y aún en el supuesto de estar a la supuesta inaplicabilidad de la reincidencia en el caso de marras, o a la invocada inconstitucionalidad, cabría conjeturar que la pretendida excarcelación, en los términos del citado art. 317.5, CPPN, bien pudo rechazarse, porque el imputado no cumplía con los restantes requisitos de la "libertad condicional", particularmente, no haber gozado y abusado de ella con anterioridad.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, con las precisiones que a continuación se brindan.

2. En primer lugar, tal como lo expone mi colega, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara respecto de los agravios relativos a la interpretación efectuada por la alzada del art. 317, inc. 5º, CPPN y, a la declaración de reincidente recaída en el caso respecto de Lemes.

Como lo sostuvieron los miembros de la Sala I, lo alegado respecto de la interpretación del art. 317, inc. 5º, CPPN no logra constituir una cuestión constitucional. La invocación de principios que efectúa el defensor —de inocencia, de libertad durante el proceso y de legalidad—, sin vincularlos de manera suficiente con la cuestión debatida en el caso, sólo da cuenta de la discrepancia del recurrente con la interpretación que realizaron los jueces de mérito respecto de una norma infraconstitucional procesal.

Igual suerte debe correr la queja de fs. 150/161 en lo que hace al tercero de los agravios articulados por la defensa del Sr. Lemes, en tanto también en este caso los planteos formulados no exceden de una discrepancia en la interpretación del art. 50, C.P. —específicamente en torno al alcance que

debe darse al término "parcialmente"— sin lograr confrontar la utilizada por la Alzada con los principios constitucionales que menciona.

El juicio de admisibilidad efectuado por la Alzada a fs. 90/94 resulta, a mi criterio, adecuado y la defensa no logró contradecir en su recurso de hecho la exposición de argumentos allí efectuada, por lo que su petición debe ser rechazada.

3. Ahora bien, la defensa ha logrado exponer un caso constitucional en su recurso de fs. 72/84 —interpuesto en tiempo y forma y dirigido contra una decisión que le provoca un agravio actual y de insuficiente reparación ulterior— cuando confronta la prohibición de múltiple juzgamiento (arts. 8.4, CADH y 14.7, PIDCP, en función del art. 75, inc. 22, C.N.) y la prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor (arts. 19, C.N. y 13.9, CCBA) con los arts. 14 y 50 del C.P., en tanto resultan ser los obstáculos legales utilizados por los jueces de la causa para denegar la excarcelación solicitada, a favor de su defendido, en los términos del art. 317, inc. 5º, CPPN.

El defensor había afirmado, sucintamente: *a)* que el mayor rigor en el cumplimiento de la pena impuesta a quien fue declarado "reincidente" tiene base en la valoración de un hecho por el cual ya ha sido juzgado y condenado, circunstancia que vulneraría la garantía del *ne bis in idem*; y *b)* que la prohibición impuesta a los "reincidentes" para obtener la libertad condicional (arts. 13 y 14, C.P.) vulneraría el principio de culpabilidad por ser una manifestación de derecho penal de autor. No obstante ello, al confirmar la resolución de fs. 33/36, los jueces de la Sala I brindaron fundadas razones para rechazar el planteo articulado y confirmar el auto impugnado (fs. 65/69). Sin hacerse cargo de dicha circunstancia, en el recurso a estudio de este Tribunal la defensa se limitó a efectuar una mera remisión a las manifestaciones que en torno a la cuestión debatida había efectuado antes del dictado de la sentencia que espera que este Tribunal revoque, sin intentar refutar las diversas razones dadas por la Alzada para confirmar la denegatoria de excarcelación en cuestión. Así las cosas, los argumentos a los que se remite la defensa en su presentación sólo logran dar cuenta de una discrepancia acerca del alcance de las garantías constitucionales invocadas y su confronte con las normas cuestionadas (arts. 50 y 14, C.P.). Tal así es, que el recurrente afirma, incluso, que la posición que sustenta —por cierto la más favorable a su defendido en el caso— ha sido rechazada por la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En definitiva, en la forma en que la defensa ha abordado sus agravios, los argumentos expuestos en la presentación en estudio no resultan sufi-

cientes para conmover el sólido basamento de la sentencia dictada por el *a quo* ni las consideraciones que concordantemente expone el juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, en los puntos 5 y 6 de su meditado voto. En ese sentido, no puede soslayarse que lo que se pretende, a través del recurso interpuesto, es la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones del Código Penal de la Nación, acto de suma gravedad al que debe arribarse únicamente como *última ratio* y ante la insalvable incompatibilidad de la ley cuestionada con las normas constitucionales en juego.

Por ello, corresponde no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad concedido por la Cámara.

4. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja y no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuestos a favor del señor Lemes.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Representa una petición de principio, expresa en la ley (CPPN, 316 y concs.), la regla que concede competencia para decidir sobre la prisión o liberación del imputado —en este caso condenado— a aquel tribunal que, en el momento de la solicitud, entiende en la causa. Así, competente para decidir sobre la excarcelación de un imputado resulta ser el juez a cuya disposición él se encuentra durante la investigación preparatoria, eventualmente el tribunal de juicio que, abierto ese período procesal, juzga sobre la acusación, o el tribunal del recurso cuando se trata de un condenado que ha recurrido la sentencia condenatoria. Este último es el caso que aquí se presenta: terminada la instancia local, aún con recurso ante este Tribunal (ineficaz; ya decidido), el condenado interpuso recurso extraordinario federal, admitido parcialmente por el TSJ en su misión de anticipar un juicio provisional sobre la procedencia del recurso —con lo cual quedó agotada toda posible actividad judicial local—, y ahora sujeto a resolución por parte de la CSJN. Consiguientemente, allí pende el examen del recurso parcialmente concedido contra la sentencia condenatoria y, en consecuencia, el curso del procedimiento.

Conforme al principio enunciado al comienzo, el condenado debió solicitar su liberación a la CSJN, pues es ella la única que puede valorar, conforme a las necesidades de su propio procedimiento, la posibilidad y procedencia de mantener el estado de cosas actuales o de reformarlo en el sentido de la petición. Sentado ello, más que caracterizar a la resolución recurrida ante el TSJ como sentencia definitiva o como su opuesta contradictoria, corresponde afirmar que la decisión sobre la excarcelación en

este período específico, puesta en manos de los tribunales locales, representa, en principio, una invasión a la competencia de otro tribunal.

De tal manera, los dos recursos ahora intentados ante este Tribunal resultan improcedentes.

2. No obstante, por obedecer a un criterio de respuesta hacia los recursos deducidos, que ha sido norma en el Tribunal, me referiré a los agravios del recurrente de modo sintético.

a) Los dos agravios que contiene la queja no pueden habilitar el recurso de inconstitucionalidad. El primero, referido a la interpretación del art. 317, inc. 5º, CPP Nación, aplicado al caso, no sólo se trata, en principio, de un debate acerca de la interpretación de la ley procesal común (infraconstitucional), como lo indica la Cámara para rechazar el recurso, sino que, antes bien, es imposible de referir a la reserva de *legalidad* —principio constitucional, C.N., 18, y CCBA, 13, inc. 3º—. Ya he advertido acerca de que no toda interpretación distinta de la ley penal funda para la interpretación contraria el reproche de lesión al principio de legalidad, sobre todo cuando se advierte que la opinión criticada resulta *intra legem* y se reconoce su aplicación práctica difundida (conf. mis votos *in re* "Díaz Quintana, René s/art. 74, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3883/05, resolución del 8/6/2005 y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Otegui, Emanuel Bruno Antonio s/art. 189 bis C.P. —apelación'", expte. nº 4012/05, sentencia del 21/12/2005). Recuérdese que el criterio de *benignidad*, como integrante del principio citado, soporta el razonable reproche de que siempre existe una interpretación que resulte más beneficiosa para el afectado.

b) En el segundo agravio de la queja —interpretación del art. 50, C.P.— se nota con claridad algunos de los problemas ya tratados bajo el número 1 de este voto. Sustancialmente, el agravio es similar al anterior en el sentido de que pretende debatir la interpretación de la ley común, Código Penal, bajo otra de las consecuencias del *principio de legalidad*, semejante al anterior: *máxima taxatividad* en la interpretación de la ley penal. En este sentido debo reproducir lo dicho bajo la letra a). Pero aquí cabe aclarar que la sentencia condenatoria —en lenguaje si se quiere vulgar— irrevocable localmente, esto es, al menos por el momento insusceptible de otro recurso local, concluyó el caso, acertada o desacertadamente, con lo cual el agravio citado —declaración de reincidencia— sólo es aplicación de ella. La posibilidad de que la declaración de reincidencia produzca hoy efectos actuales discutibles según principios constitucionales es tarea que, como se indica en el número anterior de este voto, corresponde juzgar al tribunal ahora competente, la CSJN.

Estos fundamentos indican también el rechazo del recurso de queja interpuesto a favor del condenado.

3. El agravio por el cual se concedió el recurso de inconstitucionalidad, a mi juicio válidamente, porque la aplicación de los arts. 14 y 50 provoca cierto menosprecio sobre la situación procesal del ya condenado, es repetición del esgrimido anteriormente contra la sentencia de mérito ahora a estudio de la CSJN. Esto verifica y afianza aquello expuesto en el punto 1 de este voto, esto es, la necesidad de que sea la CSJN la que decida, en principio, la prisión o la liberación del imputado durante el trámite del recurso extraordinario federal o de la eventual queja sobre su rechazo, ambos a favor del condenado, según su propio procedimiento. No obstante, sintéticamente, vale la pena recordar que los ordenamientos jurídico-penales actuales, representativos de Estados de Derecho, no están integrados sólo por normas todas ellas respetuosas de un principio de culpabilidad estricto, sino, también, por algunas reglas que, de alguna manera, representan un Derecho penal preventivo. El mejor ejemplo de aquello que sugiero son las *medidas de seguridad y corrección*, toleradas culturalmente en el Derecho penal actual, al menos en una medida que resulte racional por la necesidad de prevenir el futuro y evitar riesgos. ¿En qué medida esta mixtura es tolerable en un Estado de Derecho? es la pregunta que representa la posibilidad actual de debatir este problema. Por las razones que aquí son esgrimidas como agravios yo no soy un defensor a todo trance de la reincidencia, pero este caso me parece inapropiado, por los motivos ya expuestos, para su discusión.

Todo ello funda también la no procedencia del recurso de inconstitucionalidad bajo estudio.

Por ello, oído el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja agregada a fs. 150/161 vta.

2º. *No hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad que obra a fs. 72/84 vta.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta sentencia por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXVII

"GÓMEZ DE SACCONE, SUSANA GRACIELA C/GCBA S/COBRO DE PESOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad. Acceso a la seguridad social. Seguro colectivo de vida obligatorio. Presentación extemporánea de la cuestión constitucional.

Expte. nº 5043/06 - 28/6/2007.

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/2 se presentó Susana Graciela Gómez de Saccone, y promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por el cobro de la suma de $ 5.400, más intereses y costas, originada por la falta de pago del seguro colectivo de vida obligatorio establecido por el dec. 1567/74.

Sostuvo que su fallecido esposo, Alberto Saccone, trabajaba hasta su fallecimiento ocurrido el 25/2/2001 como médico de planta permanente del Hospital Ramos Mejía, dependiente de la demandada. En tal carácter, estaba alcanzado por el seguro colectivo de vida obligatorio establecido por el dec. nacional 1567/74, pero ante su reclamo —en carácter de cónyuge supérstite—, la Administración Pública local se negó a abonarle el beneficio en cuestión.

2. A fs. 67/71 contestó demanda el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y solicitó su rechazo, con costas.

Fundamentó su defensa en que el dec. nacional 1567/74 no era aplicable a la Administración Pública local, pues ésta contaba con un régimen particular de seguro de vida mutual administrado por el ex Instituto Municipal de Previsión Social, sistema que luego fue modificado por el dec. local 1721/97, que instituyó un fondo compensador para cubrir casos de muerte del personal del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el que regía al momento de fallecer el Sr. Saccone y que continúa vigente en la actualidad.

3. A fs. 117/119 dictó sentencia el señor juez de primera instancia, en la que hizo lugar a la demanda entablada, con costas a la demandada.

Dicho pronunciamiento fue apelado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 121, quien presentó la expresión de agravios a fs. 127/130.

A fs. 140/145 dictó sentencia la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en la que hizo lugar al recurso de apelación y revocó la sentencia de primera instancia, con imposición de costas de ambas instancias a la actora.

4. A fs. 156/164 la accionante planteó recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia, el cual fue contestado por el Gobierno local a fs. 173/176.

La actora sostiene que la interpretación realizada por la Cámara, al negarle el derecho a cobrar el seguro de vida regulado por el dec. 1567/74, impide el acceso a la seguridad social de manera integral y viola su derecho a la propiedad privada. Además, manifiesta que la sentencia recurrida resulta arbitraria, y que se configura en el caso un supuesto de gravedad institucional.

5. A fs. 178/179 la Cámara resolvió conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en cuanto al agravio vinculado a la presunta afectación del acceso a la seguridad social, garantizado por los arts. 14 bis y 125 C.N., y 44 CCBA (ap. III de la resolución), pero lo rechazó en cuanto a la invocación de gravedad institucional (ap. IV) y arbitrariedad de sentencia (ap. V).

6. A fs. 186/187 emitió su dictamen el señor Fiscal General Adjunto, propiciando declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto en legal tiempo y forma (arts. 28, ley 402), sin perjuicio de lo cual fue incorrectamente concedido.

2. La Cámara resolvió conceder dicho recurso ante el planteo deducido por la actora sobre la presunta afectación del acceso a la seguridad social (arts. 14 bis y 125 C.N., y 44 CCBA). Sin embargo, el pretendido caso constitucional no ha sido planteado en la primera oportunidad posible, es decir en el escrito de demanda, lo que impide su consideración en esta instancia.

Al momento de deducir la demanda, la parte actora debió haber planteado la existencia de un caso constitucional, individualizado las normas de jerarquía constitucional que se verían comprometidas en el presente

caso, y fundamentado por qué y de qué manera se produciría dicha afectación constitucional. Pero no lo hizo, la única referencia a una norma constitucional la hizo al plantear la reserva del caso federal en los siguientes términos: "Para el hipotético caso de que no se haga lugar a la demanda, violentándose con el pronunciamiento las garantías constitucionales establecidas en el art. 17 de la C.N., hago reserva del caso federal, para acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al amparo de la ley 48, art. 14" (fs. 1 vta.).

En ninguna parte del escrito de demanda mencionó siquiera que la postura del Gobierno local de negarse a abonar el seguro de vida previsto en el dec. nacional 1567/74, y postular el pago del seguro de vida creado por dec. local 1721/97, implique una violación del acceso a la seguridad social garantizado constitucionalmente por los arts. 14 bis y 125 C.N., y 44 CCBA.

Esta omisión impidió que los Jueces de mérito se pronuncien sobre esta cuestión, de modo tal que la introducción de este presunto caso constitucional al fundamentar el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara, aparece como una reflexión tardía y extemporánea.

Así lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del recurso extraordinario federal. Dicho Tribunal afirma, refiriéndose al caso federal, que "...es condición sine qua non, que dicha circunstancia haya sido alegada en el pleito de manera de habilitar a los tribunales a pronunciarse sobre ella dentro de sus procedimientos..." (*Fallos*, 94:95), y que "...la invocación de que se halla involucrada en el pleito una cuestión constitucional, no puede ser el resultado de una reflexión tardía o una mera ocurrencia..." (*Fallos*, 179:5).

Este Tribunal hizo aplicación de dicha doctrina en el marco del recurso de inconstitucionalidad local, al señalar que "...la cuestión constitucional debe introducirse en el juicio en tiempo oportuno, para que los jueces intervinientes tengan ocasión de considerarla y resolverla. Debe haber ocurrido en el litigio una controversia de carácter constitucional y la decisión judicial debe haber recaído sobre ella. De lo contrario, se está en presencia de una reflexión tardía que, más allá de lo acertado de su contenido, resulta extemporánea..." (TSJCBA, 20/2/2002, "Consorcio de propietarios edificio 86 (ex 78) nudo 2 barrio Soldati c/Comisión Municipal de la Vivienda s/ejecución de expensas s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1286/01; ídem, 4/5/2005, "Lombao, Manuel Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Lombao, Manuel Jorge c/Comisión Municipal de la vivienda s/recurso de revisión c/cesantías o exoneraciones", expte. nº 3560/04).

Por todo lo expuesto, propongo que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. A mayor abundamiento, con respecto a la invocación de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional —realizada por la actora en su recurso de inconstitucionalidad—, cabe agregar que no pueden ser analizados en esta instancia toda vez que la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad respecto de dichos planteos, y la actora no dedujo la queja correspondiente ante este Tribunal para mantener subsistente su pretensión impugnatoria.

4. En cuanto a las costas del recurso de inconstitucionalidad, cabe imponérselas al recurrente por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por la Dra. Ana María Conde.

El *a quo* rechazó la pretensión del recurrente sobre la base de que la CABA tiene competencia para dar a los empleados de su Gobierno un régimen de seguros de vida obligatorio, y que ejerció dicha facultad mediante el dictado del dec. 1721/97 que, según destaca a fs. 143, comprendió a "[l]os agentes dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires [...] que se encuentren afiliados a cualquier otro seguro, los que a partir de la publicación del presente dec. dejarán de tener carácter obligatorio".

La invocación por parte del recurrente de los arts. 14 bis y 125 C.N., y 44 CCBA carece de relación directa con sus agravios. Ello, toda vez que, más allá de la mención de dichas garantías, los agravios se circunscriben únicamente *i)* a la cuestión relativa si el dec. 1721/97, al establecer el seguro de vida para los empleados del Gobierno de la CABA, pretendió reemplazar el seguro de vida obligatorio instituido por el dec. nacional 1567/74 y *ii)* a la cuestión relativa a si dicho dec. nacional 1567/74 alcanza a las relaciones de empleo público del Gobierno de la CABA. Lo primero no es suficiente para suscitar la competencia de este tribunal vía recurso de inconstitucionalidad, toda vez que no suscita caso constitucional alguno (conf. art. 27, ley 402). Nótese que el recurrente no discute las facultades de la CABA de dar a los empleados públicos del Gobierno un seguro de vida que reemplace al nacional. Por el contrario, afirma expresamente que dicha facultad existe en cabeza de la CABA, sólo que sostiene que no ha sido utilizada aún —ver a fs. 157 vta. y 158, el punto 4.1 del recurso—, lo que circunscribe la cuestión a la interpretación del mencionado dec. 1721/97.

Lo segundo, por ende, si bien involucra la interpretación de una norma de carácter federal —el mencionado dec. nacional 1567/74—, carece de relación directa con lo resuelto. Ello así, toda vez que aún cuando el tribunal abriera el recurso en estudio y encontrara correcta la interpretación del dec. nacional 1567/74 propuesta por el recurrente, ello no sería suficiente para modificar la resolución del *a quo* que, por lo dicho, está suficientemente fundada en el dec. 1721/97 —cuya interpretación no nos compete revisar—, y en las competencias atribuidas a la CABA —a cuyo respecto no existe agravio alguno.

El juez JULIO B.J. MAIER dijo:

1. Adhiero a los votos de los Dres. Conde y Lozano. Por ende, estimo que debe considerarse mal concedido el recurso de inconstitucionalidad concedido —parcialmente— por la Cámara al no existir, por parte de la actora, la proposición oportuna de la inconstitucionalidad de normas —mediante el respectivo desarrollo argumental de la invalidez que ahora pretende que se declare—, ni la demostración de la relación directa entre los decretos nº 1567/74 (PEN) y nº 1721/91 (local) y la solución atribuida a la causa por el tribunal de grado que rechazó la demanda. En verdad, se puede decir que el recurso de inconstitucionalidad está vacío de contenido propio, pues no basta la invocación genérica acerca de la lesión de un derecho constitucional, sin desarrollo particular relativo al caso y sin planteo oportuno para su debate.

2. En efecto, a lo ya expuesto por mis colegas, cabe añadir que es doctrina de este tribunal que la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (*vide*, TSJ, expte nº 131/99, sentencia *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", sentencia del 23/2 /2000. En igual sentido, *vide* expte, nº 1147/01 *in re* "Lesko SACIFIA" s/impugnación de actos administrativos", sentencia del 23/8/2001, entre muchas otras). Debe repararse v. gr.: en la tardía, escueta e insuficiente invocación por parte de la actora de los arts. 14 bis, 17, 18. 28 y 125 de la C.N., así como del 44 de la CCBA.

3. Cabe advertir que el recaudo de esgrimir oportunamente (junto con el ejercicio de la acción) el derecho de excepción aplicable a juicio del recurrente, no se suple con la invocación tardía y genérica de disposiciones constitucionales, como tampoco se sanea esa omisión con la pre-

tendida arbitrariedad de la sentencia o la alegada interpretación errónea del derecho que rige el caso (conf. CSJN, *Fallos,* 302:890; 305:1929, 306, 223, 224, 250; 307:1799; 308: 1202, entre muchos otros). La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y por ende, arbitraria (*vide*: TSJ *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, sentencia del 25/8/1999 y sus citas).

Finalmente, como bien lo expone el señor Fiscal General Adjunto (fs. 187 vta.), para la Corte Suprema de Justicia de la Nación "...la invocación de que se halla involucrada en el pleito una cuestión constitucional no puede ser el resultado de una reflexión tardía (*Fallos,* 179:5, 188:482; 210:718; 302;458; 312:1470)" .

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto propicia declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 156/164 vta.

2. En el presente contencioso se discutió, exclusivamente, acerca de la procedencia de la aplicación a la situación de la actora de una norma infraconstitucional dictada por la Nación (dec. ley 1567/74) y de su compatibilidad con otra regulación infraconstitucional dictada por el GCBA (dec. 1721/97).

Pero en ningún momento del debate —orientado en definitiva a determinar cuál es la norma que rige el seguro colectivo de vida obligatorio para este caso concreto— la apuntada cuestión fue enmarcada por la parte actora en el plano constitucional, más allá de la mera reserva del caso federal efectuada a fs. 1 vta.

Por lo demás, el desarrollo argumental que ahora se despliega en el recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora —que contiene una muy genérica mención de ciertas normas y principios que gozan de jerarquía constitucional— no resulta suficiente para articular un agravio que permita habilitar la competencia extraordinaria de este estrado (en el sentido exigido por el art. 27 de la ley 402), pues si bastara para ello la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

3. Por último, tal como lo manifiesta la señora jueza de trámite, no corresponde pronunciarse sobre los planteos de arbitrariedad de sentencia y de gravedad institucional efectuados ya que, ante la denegación del recurso por esos agravios, la actora no ha deducido la queja correspondiente para mantenerlos ante este Tribunal.

Así lo voto.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, con costas a la accionante.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan las actuaciones.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXVIII

"UNIÓN DE MÚSICOS INDEPENDIENTES ASOCIACIÓN CIVIL C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad formal. Traslado de la demanda. Vencimiento del plazo para su contestación. Día inhábil. Recurso de reposición. Gravamen irreparable.

Expte. nº 5167/07 - 29/6/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Por decisión del 18/4/2007 (fs. 75/83) el Tribunal, por mayoría, dispuso declarar parcialmente admisible la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Diego Boris Macciocco, en su carácter de Presidente de la Asociación Civil "Unión de Músicos Independientes" y "correr traslado

de la demanda mediante oficio dirigido al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402".

La notificación fue efectuada el día 23/4/2007 (fs. 84).

2. La Procuración General de la Ciudad contestó la demanda el día 11/6/2007 (ver cargo de fs. 102).

El 13/6/20907, el juez de trámite dispuso desglosar el escrito y la documental acompañada y devolverlo a su presentante "por haber vencido el plazo para la contestación del traslado (art. 21, ley 402) en debida forma a las 11 horas del día 7/6/2007" (fs. 103).

La apoderada del Gobierno de la Ciudad interpuso el 15/6/2007 recurso de reposición contra esa decisión (fs. 109/111). En el escrito sostuvo que la providencia "no ha considerado los términos —a criterio de esta parte— inequívocos de la resol. 292 del Consejo de la Magistratura, declarar 'como inhábil para el fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 24, 28 y 29/5/2007...' *(sic)*. Por lo tanto, si la demanda fue notificada (....) el día 23/4/2007 y el traslado lo era por 30 días, contabilizando los tres días inhábiles decretados por la resolución mencionada, resulta que el plazo para su presentación vencía el día 11/6/2007, todo el día, sin embargo se presentó dentro de las dos primeras horas. Esto es así" *(sic)*. Agregó que anteriores resoluciones del Consejo expresamente excluyen al Tribunal Superior de Justicia cuando disponen días inhábiles, lo que no ocurrió en la resol. 292. Solicita que se considere "un error excusable lo sucedido en estos autos y tener por presentada en tiempo y forma la contestación de demanda..."

Además, considera que la cuestión debatida en autos se ha tornado abstracta a raíz del dictado de las leyes 2321 y 2324, modificatorias del Código de Planeamiento Urbano y del Código de Habilitaciones y Verificaciones, respectivamente, en lo que se refieren a los espectáculos de música en vivo.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Sin emitir juicio sobre si resulta admisible (o no) el recurso de reposición intentado por la Procuración General de la Ciudad ante la ausencia de una disposición legal expresa en la ley 402 que prevea esta vía impugnativa contra las decisiones del juez de trámite, resulta claro que la providencia cuestionada no genera ningún tipo de gravamen a la posición del Gobierno de la Ciudad.

Ello es así, por dos razones: *a)* porque en la audiencia pública que deberá convocarse en este juicio, la Procuración General podrá exponer cuanto considere pertinente a la defensa de su parte, según lo establece el art. 6º de la ley 402; y *b)* porque la parte interesada no ha ofrecido más prueba que el texto de las leyes 2321 y 2324 que, como tales, podrán ser ponderadas oportunamente por el Tribunal —toda vez que, en rigor, no es necesario que ellas sean objeto de prueba.

Por tal razón, considero que debe desestimarse la presentación de fs. 109/111. Notifíquese a ambas partes lo resuelto.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. José Osvaldo Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Establecer cuál es el remedio procesal apto para modificar o dejar sin efecto la providencia simple dictada por el juez de trámite a fs. 103 (véase punto 2, párrafo segundo de los "resulta") exigiría determinar si quien la suscribe obra en ejercicio de una competencia propia o como delegado del Tribunal. Frente al primer supuesto procedería la apelación, para el segundo, en cambio, la reposición. El GCBA identificó el planteo de fs. 109/111 como reposición, sin embargo, las discrepancias que pudiera suscitar el punto quedan diluidas pues las vías mencionadas, en este caso, conducen a idéntico resultado.

En efecto, las providencias simples e interlocutorias del Tribunal están alcanzadas —conforme al reenvío establecido en la ley 402 (véase art. 2º)— por las previsiones del art. 212 del CCAyT que reza: "[e]l recurso de reposición procede contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, y contra las interlocutorias que no extingan el proceso y causen un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva, a fin de que el tribunal que las ha dictado las revoque por contrario imperio". Resulta indisputable que frente a una providencia de trámite como la que ataca el GCBA, la reposición procede formalmente aunque la decisión no le provoque un gravamen irreparable. Empero, en sentido coincidente con lo afirmado por mi colega José O. Casás, el demandado no acredita que el auto impugnado le genere *ningún* tipo de gravamen. En tales condiciones, revocar la decisión de fs. 103 para que quede sin efecto el desglose de un escrito, cuyo contenido el recurrente no muestra ajeno a los que comprende la audiencia pública regulada en el art. 6º de la ley 402, carece de sentido e importaría tanto como declarar la nulidad de un acto por la nulidad misma. Por su parte, el recurso de apelación presupone la existencia de

gravamen y, para el caso de las apelaciones que impugnan providencias simples, ese gravamen debe ser irreparable (conf. art. 219 del CCAyT y art. 2º de la LPT) circunstancia que, según quedo dicho, no se verifica en autos.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso planteado por la parte demandada.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* la presentación de fs. 109/111.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique a ambas partes lo resuelto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.*

LXXXIX

"ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Solicitud de regulación de honorarios por abogados de la Procuración General que no suscribieron la contestación del recurso extraordinario federal. Caja de Honorarios de los Abogados de la Procuración General. Poder judicial especial para la percepción de los honorarios.

Expte. nº 3103/04 - 3/7/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 217 y vta. la abogada Cecilia Salem, apoderada de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de su titular, Dr. Agustín Zbar, solicitan al Tribunal la regulación de honorarios por los trabajos cumplidos en la etapa iniciada con la interposición por la

actora del recurso extraordinario federal, que fuera rechazado el 8/6/2005, con costas a la vencida (fs. 184/205). En el escrito, expone las pautas por las que estima el valor de los honorarios "en la suma de $ 3.000 (pesos tres mil)" —ver fs. 217 vta., último párrafo.

A fs. 219 se corrió traslado del escrito a la parte actora. Vencido el plazo para contestarlo, se le dio por decaído el derecho a hacerlo (fs. 221).

A fs. 223 se requirió a los presentantes de fs. 217 que acompañaran el poder judicial especial que les permita percibir los honorarios que solicitan se regulen. A fs. 226/27 el D. Marcelo Wajnszyld, abogado de la Procuración General del GCBA acompaña un poder general judicial extendido por la Dra. Alejandra Tadei en su carácter de Procuradora General de la Ciudad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La contestación del recurso extraordinario federal planteado por la Asociación de Derechos Civiles, que da lugar al pedido de regulación de honorarios, fue efectuada por las abogadas Macarena Gallarreta como apoderada y Alejandra Tadei (Procuradora General en tal oportunidad) como letrada patrocinante (véase fs. 175/182). Ellas no han suscripto el pedido de regulación de honorarios que ahora se decide.

2. Quienes efectúan la presentación de fs. 217 y vta. expresan que "la presente petición se efectúa en representación de la Caja de Honorarios de los Abogados de la Procuración General creada por el dec. 2147/MCBA/84, a donde deben ingresar todos los honorarios que se regulen por la actuación profesional de los apoderados del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires percibidos de la condenada en costas...". El dec. mencionado estableció un sistema para la distribución de los honorarios que pudieran percibir los abogados que intervienen en los distintos juicios en que el Estado resulta vencedor en materia de costas. La distribución se efectúa entre la mayoría del personal que se desempeña en la Procuración General, de acuerdo con ciertas pautas (véase dec. 2147/84, modificado por decretos nros. 7863/86, 1756/05 y 298/06).

3. En los considerandos del dec. 2147/84 se deja claramente establecido que los honorarios "pertenecen a los profesionales que revisten en el organismo de asesoramiento jurídico de la Comuna" y no del Estado o de la caja creada por esa norma (que no es un sujeto de derecho). A tal punto es así que para facilitar la gestión del cobro de los honorarios que integran el fondo, el art. 9º del dec. 2147/84 establece: "Los abogados, procurado-

res y demás profesionales de la Procuración General deberán darse recíprocamente poder judicial especial para la percepción de los honorarios regulados en calidad de costas, cuyo pago se encuentre a cargo de la contraria en los juicios en que la Comuna sea parte."

4. Aun dejando de lado la diferencia que existe entre solicitar la regulación de honorarios y percibirlos, y que el dec. 2147 citado por los peticionantes menciona un poder especial para la *percepción* de los honorarios, no parece dudoso que la solicitud de regulación debe ser efectuada por quienes tomaron efectiva participación en el juicio, según surge del expediente, o por quien cuente con poder suficiente para actuar en su representación. La existencia de una caja de honorarios de los abogados de la Procuración General no constituye una razón suficiente para justificar la intervención por terceros que surge del escrito de fs. 217 vta.

5. Finalmente, es menester señalar que el poder agregado a fs. 226/227 en nada altera lo expuesto, desde que se trata un poder general judicial extendido por la Dra. Alejandra Tadei en su carácter de Procuradora General de la Ciudad "en nombre y en representación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", como surge de su texto.

6. Por lo expuesto, corresponde rechazar la petición efectuada por a fs. 217 y vta.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JULIO B. J. MAIER dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Si bien los abogados de la Procuración General que peticionan la regulación de honorarios no han suscripto la contestación del recurso extraordinario federal que da lugar al pedido, entendemos que, al haberse instituido una Caja de Honorarios para los abogados de ese Cuerpo —según dec. municip. 2147/84—, es razonable pensar que sí poseen un derecho a percibir los honorarios que eventualmente ingresen a la aludida Caja. De allí que ostenten también un interés jurídicamente relevante para reclamar la previa regulación del honorario que, por otro lado, el Tribunal debe realizar de manera obligatoria aunque no mediare petición expresa (conf. art. 47, ley 21.839). Tampoco la pretensión resulta indiferente si se tiene en cuenta que en la especie también juegan plazos de prescripción.

No obstante, corresponde aclarar que a los fines de la *percepción* deberá acompañarse un poder judicial especial apropiado o bien deberán comparecer personalmente las abogadas en cabeza de quien se regulan los honorarios en esta causa.

Así entonces, consideramos que corresponde atender la regulación de honorarios solicitada. Sin embargo, dado que nuestra opinión en este sentido ha quedado en minoría, ello nos releva de efectuarla.

Así lo votamos.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la petición de regulación de honorarios de fs. 217 y vta.

2º. *Mandar* que se registre y notifique.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XC

"FORNASARI, NORBERTO FABIO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Admisibilidad. Cuestión federal. Ley 1181. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA). Reglamentación del sistema previsional. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Superposición de aportes previsionales.

Expte. nº 4911/06 - 3/7/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El accionante interpuso recurso extraordinario federal (fs. 191/205) contra la decisión de fecha 18/4/2007 (fs. 144/187) por la que el Tribunal decidiera rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

Corrido el pertinente traslado, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 208/223).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la actora, no obstante dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos exigidos ritualmente, no resulta admisible pues no se encuentra involucrada una cuestión federal.

2. En primer término, cabe destacar que lo relativo al alcance subjetivo y exigibilidad del sistema previsional creado por la ley 1181 y reglamentado por la resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA, es una cuestión de derecho público local.

CASSABA es una persona jurídica de derecho público local, no estatal, que tiene como misión hacer efectivo el sistema de seguridad social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creado por la ley 1181, dictada por la Legislatura porteña. No se advierte, entonces, cuál sería el interés federal comprometido en esta causa, en la que se discute si deben realizar aportes a dicho sistema una determinada categoría de abogados —los que ejercieron su derecho a optar por otra Caja previsional.

En síntesis, el recurrente pretende que se revise la interpretación de una norma de derecho público de la Ciudad de Buenos Aires —resol. 004-A-05 dictada por la Asamblea de CASSABA—, *cuestión local* claramente ajena al ámbito del presente recurso.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos a su control por vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), como ocurre en este proceso.

No existe cuestión federal si los agravios involucran cuestiones de derecho público local (*Fallos*. 315:1074) o si se trata de determinar el contenido y extensión de las diferentes acciones previstas en la legislación (*Fallos,* 315:1644). La Corte no está autorizada para modificar la interpretación de las normas locales llevadas a cabo por los jueces provinciales, sino sólo para revisar la compatibilidad de las normas así interpretadas con la Constitución Nacional (*Fallos,* 319:687).

3. Por otra parte, tal como lo expresé en la sentencia recurrida y por los fundamentos allí expuestos, "CASSABA está facultada para reglamentar el sistema previsional creado por la ley 1181, goza de competencia para ello en su carácter de autoridad de aplicación".

El pretendido agravio constitucional planteado por la recurrente, consistente en que la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 —dictado por la Asamblea de CASSABA— habría afectado la potestad reglamentaria conferida al Poder Ejecutivo local por el art. 102, CCBA, carece de solidez y vuelve a girar sobre los mismos argumentos analizados y desestimados por este Tribunal, al resolver el recurso de inconstitucionalidad.

Además, la mención relativa a que se habría violado el art. 99, inc. 2º de la C.N., es incorrecta. Dicha norma es inaplicable al caso ya que determina de qué manera se distribuye la potestad reglamentaria en el ámbito *nacional*, y es sabido que, en virtud de la autonomía local y la forma de estado federal que rige en nuestro país, cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires establecen sus propias instituciones y las competencia de cada una de ellas (arts. 121, 122 y 129 C.N.). Por lo tanto, cómo se distribuye y quién detenta el poder reglamentario en la Ciudad de Buenos Aires, debe resolverse a la luz de las normas locales, y no de la parte orgánica de la Constitución Nacional.

4. En cuanto a la presunta violación al principio constitucional de reserva de ley tributaria, garantizado por los arts. 4º, 17, 19, 52 y 75 incs. 1º y 2º C.N. y 4º, 9º inc. 1º, 51, 80 inc. a) punto 1 y 103 CCBA, el recurrente incurre en la misma falencia mencionada precedentemente, ya que se limita a insistir con los mismos argumentos ya analizados y rechazados por el Tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad.

En la sentencia atacada por medio de este recurso, dije que "lo que hace la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 es subsanar una redacción que podía generar ciertas dudas, y aclarar algo que se desprende de las restantes disposiciones de dicha ley y del propio régimen de reciprocidad previsional al que la ley 1181 ordena adherir: que *todos los abogados con matrícula en la Ciudad de Buenos Aires y que desarrollen tareas profesionales en esta jurisdicción deben considerarse afiliados a CASSABA*, y deben realizar obligatoriamente aportes a dicha Caja. Esta solución es la más coherente con el carácter obligatorio del sistema, con el principio de solidaridad que lo gobierna, y con las restantes disposiciones de la ley 1181 y del convenio de reciprocidad resol. 363-SSSS-1981, interpretadas armónica, previsora y teleológicamente." Esta fundamentación no ha sido controvertida adecuadamente por el recurrente, ni ha sido demostrado de qué manera colisiona con derechos y garantías constitucionales, lo que impide tener por configurada una "cuestión federal".

5. Respecto a la presunta violación a la prohibición constitucional de superponer aportes, el recurrente realiza una interpretación antojadiza y equivocada de dicho principio, similar error que cometió al fundar el recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal, lo que impide tener por acreditada la existencia de un caso federal.

He dicho en la resolución recurrida que "...lo que prohíbe el art. 14 bis, C.N. es que por una misma actividad desarrollada en un ámbito jurisdiccional, un mismo sujeto deba realizar aportes previsionales en dos o más Cajas distintas. Pero sí está permitido que una actividad realizadas en ámbitos jurisdiccionales distintos implique la obligación de tributar aportes en Cajas distintas. Este último supuesto es el que ocurre en autos, ya que el sistema previsional creado por la ley 1181 sólo exige realizar aportes a CASSABA por los servicios profesionales desarrollados en la Ciudad de Buenos Aires, y no por los trabajos realizados en otra jurisdicción...". Pero el recurrente continúa afirmando que "...se trata de las mismas prestaciones en razón de una misma actividad, esto es, el ejercicio de la profesión de abogado..." (fs. 204 vta.), afirmación que deviene dogmática y no rebate lo manifestado por la mayoría del Tribunal.

6. Párrafo aparte merece el agravio relativo a la imposición de las costas del recurso de inconstitucionalidad. Nada cabe decidir al respecto ya que la cuestión se tornó abstracta en virtud del expreso desistimiento de las costas impuestas en su favor efectuado por la parte demandada a fs. 222 vta. ap. V, lo que corresponde tener presente en la parte dispositiva de la presente sentencia.

7. Como surge de los puntos precedentes, en el caso no se debate ninguna cuestión de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el recurso intentado debe declararse inadmisible.

Las costas del presente recurso se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite. La manifestación de voluntad del demandado acerca de la imposición de costas torna inútil el esfuerzo del recurso por enderezar el punto; el agravio no subsiste.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal de fs. 191/205 vta. fue oportunamente deducido por quien resulta legitimado para ello (el Sr. Fornasari), contra la sentencia definitiva que emitiera el tribunal superior de la causa en la instancia local (TSJ). Sin embargo, debe ser denegado.

2. El recurrente, a fs. 196, presenta la cuestión federal que intenta articular del siguiente modo: "...se ha debatido en autos la interpretación de normas de carácter federal tales como los arts. 4º, 14 bis, 17, 19, 52, 75 incs. 1º y 2º y 99 inc. 2º de la C.N., con relación a la ley 1181 de la Ciudad de Buenos Aires y la resol. 004-A/05 emitida por la Asamblea de CASSABA".

Centralmente, plantea cinco cuestiones:

a) Ausencia de facultades reglamentarias de la demandada a fin de emitir la resol. 004—A-05 cuestionada en autos, particularmente, su art. 5º (fs. 197 vta./200).

b) "Exceso reglamentario y violación del principio de legalidad tributaria" con afectación al derecho de propiedad (art. 17 de la C.N.) (fs. 200/203).

c) Inexistencia del Convenio de Reciprocidad entre la Caja de la Provincia de Buenos Aires y la entidad demandada (fs. 203/204).

d) Superposición de aportes, prohibida en virtud del art. 14 bis de la C.N. (fs. 204 y vta.).

e) Imposición de costas en oposición al principio de gratuidad que rige, en materia de amparo, en la jurisdicción local —art. 14 de la CCBA — (fs. 205).

3. En relación con la primera de las cuestiones planteadas —consignada como *a)* en el punto anterior—, obsta a la concesión del recurso la naturaleza propiamente local de la cuestión debatida. Si bien considero que el asunto involucra razones de naturaleza constitucional (conforme lo expusiera al pronunciarme sobre la procedencia del recurso de inconstitucionalidad), ellas refieren, exclusivamente, a materias no federales.

En aquella oportunidad dije: "[a]l reglamentar la ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad" (anteúltimo párrafo del punto 8 de mi voto).

La segunda de las cuestiones que alega el recurrente —exceso reglamentario y violación del principio de legalidad tributaria— no amerita la intervención de la CSJN. A pesar del esfuerzo de fundamentación del amparista y más allá de las referencias de índole constitucional que contiene el escrito, no se dirige a impugnar ninguna de las razones que expusiera el Tribunal para fundar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad. La deficiencia indicada priva a los agravios que mencionara más arriba de relación directa con la resolución de la causa.

En tercer lugar, el accionante intenta desvirtuar la interpretación formulada en la sentencia recurrida, según la cual "...lo que da coherencia al sistema es la incorporación de CASSABA al Convenio de Reciprocidad..." (fs. 203). En el planteo de esta cuestión no se observa un desarrollo argumental de orden federal (pues la mera mención de que media, en autos, un supuesto de superposición de aportes no alcanza a esos fines). Y, de este modo, el presunto agravio —que se sustenta en una particular interpretación de arts. 131, inc. 9º y 120, inc. 9º de la ley local 1181— no habilita el acceso a la CSJN.

En cuanto a la referencia, contenida en el recurso, de que la resol. 004-A/05 es violatoria del art. 14 bis de la C.N. —en cuanto veda la superposición de aportes—, corresponde señalar que la simple mención de cláusulas de la C.N. no alcanza para presentar un caso federal. Más aun, cuando la exposición de argumentos que efectúa el recurrente versa, en definitiva, sobre la interpretación y el alcance que él atribuye a las leyes 6716 de la provincia de Buenos Aires (sobre la Caja de Previsión Social para Abogados de dicha provincia) y 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (de creación de CASSABA).

Por fin, la circunstancia de que el Tribunal impusiera —por mayoría— las costas al amparista que resultó vencido en el pleito tampoco habilita la vía recursiva extraordinaria ante la CSJN pues se trata, en el caso, de la aplicación de una norma local: aquella que regula el trámite y las características de la acción de amparo en la Ciudad de Buenos Aires (art. 14 de la CCBA).

4. Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario federal deducido por la actora, a fs. 191/205 vta., con costas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a los fundamentos brindados en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde y, en consecuencia, entiendo que corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por la parte actora con imposición de las costas de la incidencia (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el voto de la Dra. Ana María Conde en cuanto sostiene que los agravios que buscan apoyo en el principio de reserva de ley y en la alegada ausencia de facultades reglamentarias en cabeza de CASSABA se reducen a una mera discrepancia con la interpretación dada a la leyes locales, cuestión ajena a la competencia de la CSJN por la vía del art. 14 de la ley 48, dado que el recurrente no muestra la relación directa entre las garantías constitucionales invocadas y el agravio esgrimido. Además, tal como fue claramente expuesto por el Dr. José O. Casás en su voto a fs. 169, la cuestión relativa a la competencia de la CASSABA para reglamentar la ley 1181 es palmariamente insustancial respecto de la resolución de la presente causa, razón adicional para considerar al agravio improcedente, por carecer de relación directa con lo resuelto.

2. En cuanto invoca la garantía contra la superposición de aportes, el recurso extraordinario federal cuestiona la validez de una norma local —la ley 1181 y su reglamentación— bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional —art. 14 bis—, y la decisión impugnada sostuvo

la validez de la primera. A este respecto, el recurso interpuesto se subsume en el art. 14, inc. 2º de la ley 48, y debe ser concedido.

3. Finalmente, en cuanto al agravio relativo a la imposición de costas, también coincido con el voto de la señora jueza de trámite, en el sentido de que ha perdido sustancia dado el desistimiento efectuado por la demandada a fs. 212 vta., que voto por tener presente en la parte dispositiva de la sentencia.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal deducido por la parte actora, con costas.

2º. *Tener presente* el desistimiento efectuado por la parte demandada a fs. 222 vta. ap. V.

3º. *Mandar* se registre, notifique y oportunamente se devuelva como está ordenado a fs. 187, punto 2.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XCI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CAZALE, MARÍA MERCEDES C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Caso constitucional. Interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA. Requisitos para la procedencia de la acción de amparo. Obrar diligente del amparista. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la conducta estatal lesiva. Perjuicio ocasionado por la dilación del procedimiento ordinario. Empleo público. Médico. Servicio de guardia. Derecho a un mínimo de horas semanales en la planta del hospital. Interpretación de normas infraconstitucionales. Necesidad de producir un debate de mayor amplitud.

Expte. nº 5069/06 - 3/7/2007

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Mercedes Cazale, médica que se desempeña en el servicio de guardia del Hospital General de Niños "Dr. Ricardo Gutiérrez" de la Ciudad de Buenos Aires, fue designada con carácter interino por concurso como profesional en la guardia médico de día domingo, planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/9). La actora expresó que, no obstante sus reiterados reclamos administrativos, no recibió una respuesta satisfactoria. Por su parte, al justificar la elección de la vía del amparo, ella ofreció el siguiente argumento: "toda vez que *de hecho se encuentra obturado cualquier reclamo* en *sede administrativa,* siendo que deviene *inútil la prosecución de aquella vía,* este amparista se encuentra en la *necesidad* de acudir directamente ante *V.S.* en *reclamo* de Justicia *efectiva* y *eficaz* a través de la promoción del presente remedio procesal informado Constitucionalmente, toda vez que una eventual acción ordinaria no lograría satisfacer en debido tiempo la *Extensión Horaria* pretendida, con el consabido *carácter alimentario* que implica la *compensación salarial* correspondiente al incremento horario peticionado" (*sic*, fs. 5 vta.; énfasis en el original). Solicitó, como medida cautelar "[s]e *Ordene* el *inmediato pago retroactivo* de todas las sumas correspondientes a los *períodos* en que *debió darse cumplimiento* al incremento horario..." (*sic*, fs. 7 vta.; énfasis en el original).

2. Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley 16.986), el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal (extemporaneidad de su interposición y falta de acreditación de la ineptitud de otras vías judiciales), como por su improcedencia sustancial (fs. 10/16 vta.).

3. La sentencia de primera instancia desestimó la defensas formales planteadas por el Gobierno, y, en cuanto al fondo, concluyó en que el art. 6º del dec. 282/96 es una norma de carácter permanente que establece el derecho de todos los profesionales que se desempeñen en las guardias de los días domingo a cumplir un horario en planta de doce horas semanales. Por consiguiente, hizo lugar a la demanda y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a extender el horario de la demandante con doce horas en planta (fs. 17/23 vta.).

4. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 24/31).

En el memorial de agravios cuestionó la admisión de la pretensión por la vía del amparo, ya que no se presentaban los recaudos constitucionales de "arbitrariedad e ilegalidad manifiestas" y "actualidad del perjuicio", necesarios para su viabilidad. Agregó que el caso no sólo plantea una cuestión salarial sino también la prolongación de la jornada semanal de trabajo. También se agravió por la interpretación dada por el *a quo* al dec. 282/96, ya que, afirmó la Procuración, el decreto estuvo destinado a solucionar, con carácter transitorio, problemas en el servicio de salud pública existentes al momento de su dictado. Sostuvo que la norma establecía la prolongación de 12 horas sólo para un universo definido de destinatarios: quienes en ese momento se desempeñaban en el sector de urgencias en días domingo, entendiendo que el art. 6º se refería a la situación preexistente, la que debía regularizarse en un plazo no mayor de dos años según lo establecía el propio artículo —plazo que ya se ha cumplido.

5. La parte actora no contestó el traslado del memorial de agravios (véase fs. 82).

6. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, rechazó el recurso del Gobierno.

Para así decidir consideró, en primer lugar, que "la demandada plantea la extemporaneidad de la acción, sin embargo, en estas actuaciones se presenta la dificultad de establecer cuál es el punto de partida del cómputo de este plazo en el caso de la omisión. Dado que la violación que se alega tiene efectos permanentes, parece razonable considerar que la vía que se intenta se encuentra habilitada".

Tras reseñar la evolución del régimen normativo, concluyó —en forma sustancialmente coincidente con la sentencia de primera instancia— que "del decreto emergen dos clases de disposiciones unas de carácter permanente, otras transitorias. Vale decir que algunas se refieren a contemplar situaciones temporarias y tienen por destinatarios a profesionales de los días domingo designados bajo el régimen del dec. 6395/87. Otras tienen vocación de permanencia por cuanto tienden a la reglamentación del funcionamiento de la atención de la urgencia en los días domingo (...) cabe disentir con la demandada cuando interpreta que el art. 6º del dec. 282/96 consagra una solución transitoria de aplicación a aquellos profesionales de guardia designados bajo el régimen del dec. 6395/87 (...) a diferencia de otras normas del citado decreto [el art. 6º] reviste carácter permanente, lo que además resulta corroborado por sus términos, en cuanto en forma imperativa prescribe que todos los profe-

sionales que se desempeñen en el Sector de Urgencia en los días domingo deberán cumplimentar un horario mínimo en planta de doce (12) horas semanales (...) Con relación a la pauta temporal que contiene el artículo en cuestión, en cuanto prescribe que la prolongación se efectivizará en un plazo no mayor de 2 años de su dictado, es necesario señalar que tal previsión no avala la postura de la parte demandada (...) Así, en el caso de los profesionales de los hospitales transferidos, la aplicación del nuevo régimen exigía —a fin de cumplir un horario mínimo en planta de 12 horas semanales— que se prolongue su horario en esa cantidad de horas. Ahora bien, teniendo en cuenta la 'existencia de limitados recursos presupuestarios que dificultan efectuar modificaciones al *stock* de vacantes de dotación del Sistema de Atención de Urgencia' (cfr. considerando dec. 282/96) el artículo en análisis estableció un plazo para que la referida ampliación se hiciera efectiva. Es decir que operado el vencimiento del plazo de dos años previsto por el art. 6º del dec. 282/96, 'todos los profesionales que se desempeñen en el Sector de Urgencia en los días domingo deberán cumplimentar un horario mínimo en planta de doce (12) horas semanales' (...)" (fs. 33/38).

7. Contra la sentencia de la Cámara, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 39/51).

En sus fundamentos expuso y desarrolló agravios sobre la base de dos cuestiones principales: *a)* la sentencia efectúa una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA; y *b)* la interpretación del art. 6º del dec. 282/96 es arbitraria.

Ambas cuestiones traerían aparejadas la lesión de la garantía constitucional al debido proceso y al principio de división de poderes —ya que la sentencia se arroga facultades propias del Poder Ejecutivo y de la Legislatura.

8. La Sala II denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad (fs. 58/59 vta.) dado que "la recurrente, se limita a reiterar argumentaciones que no contienen más que su mero disentir con la interpretación efectuada en la sentencia de normas legales de naturaleza infraconstitucional, donde se hizo mérito de todas las cuestiones oportunamente planteadas" y por no configurarse los extremos que permiten admitir el recurso por arbitrariedad de sentencia.

9. Ante la denegatoria, la Procuración General interpuso el recurso de queja agregado a fs. 61/75.

En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja, por no demostrarse la existencia de causa constitucional (fs. 85/88 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

Por ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad. En consecuencia, voto por *i)* admitir el recurso de queja interpuesto por la demandada en cuanto contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, con costas al Gobierno.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

El asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006.

En dicha oportunidad, resolví sobre la base de dos argumentos centrales. En primer término, sostuve que el agravio del GCBA, referido a su impugnación de la hermenéutica efectuada por la Cámara de la ordenanza 41.455, los decs. 6395/87 y 282/96, y de la resol. 609-SHyF/05, invocados por la actora en sustento de su pretensión, no permite articular un caso constitucional. Por lo contrario, este agravio expresa una mera discrepancia interpretativa acerca del significado de reglas infraconstitucionales. En segundo término, expresé que lo contrario sucede con el agravio procesal del GCBA, relativo a su objeción al procedimiento llevado a cabo según las reglas del amparo (art. 14, CCBA), en un caso en que se imponía la aplicación de las reglas del proceso de conocimiento respectivo. En efecto, se trata de un litigio por "empleo público" que no manifiesta la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados, o el daño grave o inminente a un derecho constitucional o legal, que deba ser restablecido de inmediato. En suma, ni una u otra condición del amparo están presentes en estos casos.

Debido a ello, y por los mismos fundamentos, corresponde decidir de la misma manera, a saber: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja

planteada por el GCBA con referencia a la aplicación del art. 14 de la CCBA para definir las respectivas pretensiones y también el recurso de inconstitucionalidad que esa queja supone, revocando la sentencia de la Sala I de la Cámara; *b)* rechazar parcialmente la queja con relación al agravio referido a la interpretación de las reglas infraconstitucionales aplicadas.

Las costas del proceso deben ser soportadas por su orden (art. 14, cuarto párrafo, CCBA), a pesar de que yo he considerado incorrecta la vía del amparo, pues la utilización de este procedimiento fue, como realidad, incontrastable.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga —con los matices propios de cada caso—, a la resuelta por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

Por ello, y por razones de brevedad, nos remitimos a los fundamentos que exteriorizamos en aquélla oportunidad, y que nos llevaron —al igual que en el presente caso— a concluir que corresponde: *a)* admitir parcialmente la queja con relación a los agravios planteados en punto a la interpretación del art 14 de la CCBA y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado a partir de esa regla; *b)* confirmar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad por la Cámara, con relación a todos los demás agravios de la impugnación; *c)* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por María Mercedes Cazale (ley local 402, art. 31), y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Los agravios expresados en la queja del GCBA apuntan, por una parte, a que el procedimiento elegido sería inaplicable y, por la otra, a que la interpretación que la sentencia asignaba al art. 6º del dec. 282/96, sería arbitraria, y violatoria del principio de división de poderes, que funda en lo dispuesto en los arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA.

En lo relevante, dichos agravios resultan sustancialmente análogos a los traídos a conocimiento de este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006.

En dicha oportunidad sostuve, en relación a los agravios mencionados en el párrafo que antecede, que éstos no suscitaban la intervención del TSJ puesto que *i)* el referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aún cuando altamente significativo, no versa acerca de la sentencia definitiva pues no se dirige a demostrar de qué manera ésta pudo resultar afectada por el proceso adoptado, y *ii)* el referido al principio de división de poderes carece de relación directa con las garantías constitucionales invocadas, constituyendo, en tales condiciones, una mera discrepancia con el criterio utilizado por el *a quo* al interpretar el art. 6º del dec. 282/96, que no exhibe vicios que permitieran considerarlo arbitrario.

Por ello, conforme expresé en mi voto *in re* "Akrich", al que remito, voto por rechazar el recurso de queja articulado.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir parcialmente* el recurso de queja y *hacer lugar,* con similar alcance, al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA.

2º. *Confirmar* el rechazo del recurso de inconstitucionalidad en relación con los restantes agravios.

3º. *Revocar* la sentencia apelada y *rechazar* la demanda de amparo interpuesta por María Mercedes Cazale.

4º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 29/11/2006, dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", mencionada en los fundamentos.

5º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado.

6º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 4 y se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XCII

"LUDUEÑA, PEDRO ALBINO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 4945/06, "LUDUEÑA, PEDRO ALBINO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LUDUEÑA, PEDRO ALBINO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. Admisibilidad. Recurso de inconstitucionalidad. Solicitud de renovación de la licencia de conducir profesional. Antecedentes penales. Pena privativa de la libertad de ejecución condicional. Desempeño de tareas no remunerativas de carácter social. Recuperación social del imputado. Restricciones impuestas por el dec. 779/95. Transporte de escolares o niños. Integración analógica de la reglamentación por parte de la Administración. Sanción de la ley 2148 —Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires— con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Aplicación retroactiva del dec. 331/04. Arbitrariedad de sentencia. Carácter facultativo de la Administración para denegar las licencias de conductor profesional cuando el peticionante registra antecedentes penales. Vigencia del dec. 331/04. Tratados internacionales sobre derechos humanos. Derecho penal de autor. Poder de policía.

Expte. nº 4978/06 - 3/7/2007

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 21/10/1998, el Sr. Pedro Albino Ludueña fue condenado —en la causa nº 556 en trámite ante el TOC Nº 11 de la Capital Federal— a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y costas por encontrársele penalmente responsable del delito de lesiones graves. El TOC interviniente dispuso que el condenado, "por el plazo de dos años, a contar desde que la presente [sentencia] quede firme, cumpla con lo establecido en el art. 27 bis, incs. 1º y 8º del C.P.: y en este último caso, desempeñe tareas no remunerativas, por el lapso de ocho horas mensuales, en el grupo comunitario *'Los Humildes Primero'* (...) de esta Ciudad". Al fijar la pena que correspondía aplicar, los jueces consideraron "conveniente imponerle [al imputado] una condena de ejecución condicional atento la

condición de primario que [él] reviste (...) y con el fin de posibilitar su recuperación social" (fs. 18).

Según resulta de la descripción de antecedentes que contiene la sentencia del TOC agregada, a fs. 15/19, a estas actuaciones, el delito atribuido al imputado habría acaecido durante una incidencia de tránsito.

2. El 30/4/2003, el Sr. Ludueña solicitó la renovación de su licencia de conducir profesional, clase D 1 y, el 11/8/aquel año, la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA (en adelante, DGEVyL) le denegó, mediante la disposición nº 720/03, la habilitación de conductor profesional solicitada "conforme lo prescripto por el art. 20 del dec. 779-PEN/95 reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad 24.449".

En los considerandos de la disposición mencionada, la DGEVyL señaló —de acuerdo con el dictamen que emitiera la Procuración General— que "...el solicitante tiene antecedentes penales relacionados con delitos con automotores en circulación, los que (...) han implicado daños ciertos a la integridad de las personas..." (fs. 24).

3. El 27/8/2003, el Sr. Ludueña inició la presente acción de amparo (fs. 1/11) donde requirió que se ordene a la DGEVyL que le otorgue la licencia profesional de conducir, clase D 1, "en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición nº 720—DGEVyL—2003, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes" (fs. 1 —*sic*—) y peticionó, además, el dictado de una medida cautelar a fin de que se le otorgase la licencia hasta que se resolviera la cuestión de fondo.

El amparista denunció la inconstitucionalidad de la disposición administrativa nº 720/03 y la irrazonabilidad de las normas en que ella se apoya. Fundó su demanda en los derechos que acuerdan los arts. 14, 14 bis, 18, 28 y 43 de la C.N. y los arts. 13, incs. 3º y 9º, 14 y 43 de la CCBA, así como en los pactos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que poseen prescripciones normativas concordantes.

El GCBA contestó el informe que establece el art. 8º de la ley 16.986 y solicitó el rechazo de la acción de amparo (fs. 55/61 vta.).

La medida precautoria —tendiente a que se ordene al GCBA otorgar al amparista la licencia profesional de conducir solicitada hasta tanto se resolviese la cuestión de fondo— fue concedida por el juez de primera instancia (fs. 41/44 del expediente "Ludueña Pedro Albino c/GCBA s/otros procesos incidentales", nº 9028/01, que corre por cuerda) y confirmada por la Sala I (fs. 76/77 del mismo expediente).

4. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción promovida, declaró la inconstitucionalidad del art. 13.2 de la resol. 87-SPyS/96 de conformidad con los fundamentos que él expusiera en los considerandos V y VI de la sentencia y ordenó a la DGEVyL que otorgue al amparista la licencia clase D 1 oportunamente solicitada, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales (fs. 121/128 vta.).

5. Luego de que la demandada apelara la sentencia (fs. 133/138 vta.) y fuera contestado el traslado por el amparista (fs. 146/154); la Sala I, a fs. 158, emitió la siguiente providencia: "[a]tento la modificación del régimen jurídico aplicable a la cuestión debatida en la causa ([debido a la sanción del] dec. 331/04, *BOCBA* nº 1899, del 12/3/2004), óigase a las partes, por su orden, por el plazo de 5 (cinco) días".

El actor, al contestar el traslado conferido, sostuvo —en síntesis— que la validez de la disposición nº 720/03 debe analizarse teniendo en cuenta las normas vigentes al momento de su dictado sin que ello implique aceptar la adecuación constitucional del dec. 331/04 (fs. 161/164 vta.).

La demandada —en cambio— consideró que "el amparo debe atenerse al cuadro normativo vigente a la fecha, razón por la cual al momento el régimen jurídico se encuentra delimitado por el referido dec. 331/04" (fs. 169 y vta. —*sic*—).

6. La Sala I de la CCAyT, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación que interpusiera el GCBA, revocó la sentencia apelada "—en razón de la modificación del régimen jurídico aplicable al caso—" y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo interpuesta, sin costas (art. 14 de la CCBA).

7. El amparista interpuso el recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 185/197, fundado en los siguientes agravios: *a)* aplicación retroactiva del dec. 331/04 con afectación a derechos constitucionales adquiridos, *b)* restricción al derecho a trabajar sin que medie una ley formal, *c)* violación al principio que veda la doble punición y a "lo establecido en el art. 108 de la CCBA en tanto prohíbe al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo ejercer funciones judiciales" (fs. 190), *d)* afectación de los principios y derechos que establecen los arts. 11 y 13, inc. 9º de la CCBA, *e)* violación al principio de congruencia con lesión a su derecho a trabajar y, *f)* arbitrariedad de la sentencia.

El GCBA contestó el traslado del recurso de inconstitucionalidad a fs. 202/212.

8. La Sala I resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad rechazándolo en cuanto se refiere a la arbitrariedad de la sen-

tencia. La Sala consideró que el recurso exhibía "un desarrollo suficientemente preciso y fundado de cuestiones constitucionales relacionadas, de manera directa, con el decisorio definitivo de este tribunal y, [que] en tal medida, resultan formalmente idóneos para suscitar la competencia del TSJ por la vía intentada...". No obstante, entendió que no correspondía conceder el recurso por arbitrariedad de la sentencia ya que ella no podría ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

9. En relación con la materia por la cual la Cámara no concedió el recurso, el Sr. Pedro Ludueña recurrió en queja iniciándose el expediente nº 4945 que fue acumulado, mediante resolución del 24/11/2006, al expediente nº 4978 (el escrito de queja obra a fs. 226/243 vta.).

10. El Fiscal General Adjunto propició un pronunciamiento del TSJ que rechace el recurso de queja y declare mal concedido el de inconstitucionalidad (fs. 250/253 vta.).

11. A fs. 258, la jueza de trámite dispuso que se corriera traslado a las partes a fin de que manifestaran lo que consideren oportuno en relación con la ley 2148 recientemente sancionada (publicada en el *BOCABA* nº 2615 del 31/1/2007).

El Defensor General de la Ciudad manifestó que no había sido posible localizar al Sr. Pedro Ludueña a fin de contestar el traslado dispuesto (fs. 264).

El GCBA, por su parte, expresó que ningún artículo de la ley 2148 modifica o deroga los términos del dec. 331/04 de modo tal que la nueva ley "...en el capítulo 3.2 del Anexo I —concretamente en el art. 3.2.15— referido a las causales que dan lugar a la denegatoria de las licencias de conducir, prevé las mismas causales que enumera el dec. 331/04". Por fin, ratificó la contestación del traslado del recurso de inconstitucionalidad (fs. 266 y vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 185/197 por el Sr. Pedro Ludueña debe ser admitido.

2. Considero oportuno, en primer término, volver sobre algunas de las particularidades de la situación del amparista. Así, el 21/10/1998, el Sr. Pedro Albino Ludueña fue condenado —en la causa nº 556 en trámite ante el TOC Nº 11 de la Capital Federal— a la pena de dos años de prisión

de ejecución condicional y costas por encontrárselo penalmente responsable del delito de lesiones graves. El TOC interviniente dispuso que el condenado, "por el plazo de dos años, a contar desde que la presente [sentencia] quede firme, cumpla con lo establecido en el art. 27 bis, incs. 1º y 8º del C.P.: y en este último caso, desempeñe tareas no remunerativas, por el lapso de ocho horas mensuales, en el grupo comunitario 'Los Humildes Primero' (...) de esta Ciudad".

Quiero destacar que los jueces del TOC Nº 11 sólo impusieron al actor una pena de dos años de prisión de ejecución condicional y la realización de tareas no remunerativas en un hogar. Los miembros del TOC, conforme las atribuciones que les confiere el art. 20 bis del CPN, pudieron aplicar al Sr. Ludueña en aquel expediente (nº 556) una "inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: (...) 3º Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público", lo que no sucedió. Más aún, los jueces consideraron, muy especialmente, la necesidad de posibilitar la recuperación social del imputado y, con ese fin, es que dispusieron el cumplimiento de las tareas comunitarias mencionadas (fs. 18).

Por otra parte, el 8/9/2003, el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada a fs. 1 por el amparista y le ordenó a la DGEVyL dependiente del GCBA que le otorgara la licencia de conducir clase D, subclase 1 en forma provisional, previa verificación del cumplimiento de los restantes requisitos legales hasta tanto se encuentre firme la sentencia definitiva de la causa. Esa medida fue confirmada, el 5/2/2004, por la Sala I de la CCAyT y, el 10/3/2004, fue notificada al GCBA.

No obra en el expediente ninguna constancia de la cual surgiese que, a partir de la vigencia de la medida cautelar, en el año 2004, el Sr. Ludueña hubiese protagonizado algún tipo de incidencia en el desempeño de sus tareas ni en ninguna otra circunstancia.

3. En la presente causa, la Administración le denegó al amparista la renovación de su licencia profesional de conducir, clase D 1, "conforme lo prescripto por el art. 20 del dec. 779-PEN/95 reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad 24.449" (fs. 24 —*sic*—). Fue ese —y no otro— el sustento normativo de la disposición emitida.

El dec. 779/95 sólo restringe el otorgamiento de la licencia profesional en el supuesto de que el peticionante registre ciertos antecedentes penales para la subclase "transporte de escolares o niños" (art. 20, inc. 5º). Para las restantes subclases de la clase D, el decreto aludido dispuso que

"...la autoridad jurisdiccional establecerá los antecedentes que imposibiliten la obtención de la habilitación, excepto cuando el servicio de rehabilitación oficial garantice la recuperación y readaptación del solicitante" (art. 20, inc. 6º).

A la época en que la Administración rechazó el pedido de renovación de la licencia del Sr. Ludueña, las autoridades competentes de la Ciudad no habían emitido, aún, ninguna norma que restringiera —de manera previa, general y abstracta— el otorgamiento de licencias profesionales de conducir cuando el solicitante presente antecedentes penales.

En otros expedientes, donde el Tribunal resolviera cuestiones sustancialmente análogas a las que plantea la presente causa, sostuve que, en condiciones como las señaladas, la DGEVyL había efectuado una aplicación inconstitucional del régimen de tránsito establecido por la ley 24.449 y el dec. 779/95 toda vez que "el acto administrativo que motivó el amparo intenta fundamentarse en la lisa y llana remisión al art. 20 del dec. 779/95 y en el eventual riesgo que los antecedentes del solicitante suponen para la integridad de las personas. Sin embargo, el mencionado decreto no habilita a denegar sin más las licencias profesionales en caso de registrarse antecedentes (...) En ausencia de una norma reglamentaria general previa que fijara las condiciones para acceder a la licencia a la que se refiere el inc. 6º, la Administración carecía de facultades para establecerlas por vía de la creación de una regla individual restrictiva, sustentada en una aplicación extensiva e irrazonable de lo previsto para otra actividad. No resulta admisible aplicar la analogía para restringir un derecho" (voto del juez Muñoz al que me adhiriera en la causa "Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1427, resolución del 8/5/2002). Y, esta situación se reproduce en autos, o al menos esta era la situación al tiempo de iniciarse la acción.

4. Luego de que la DGEVyL le denegara al Sr. Ludueña la renovación de su licencia (con fundamento en la ley 24.449 y en el dec. 779/95); el Jefe de Gobierno emitió el dec. 331/04 (publicado en el *BOCBA* nº 1899 del 12/3/2004) por el cual dispuso: "*Artículo 1º* — Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D *en todas sus subclases* cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público" y, "*Art. 2º* — Establécese que a los

fines de evaluar la información remitida por el Registro Nacional de Reincidencia debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 51 del C.P., considerando únicamente antecedentes penales las sentencias condenatorias firmes cuyo registro no haya caducado" (el destacado me pertenece).

La Sala I de la CCAyT, por mayoría, entendió que el dec. 331/04 debía ser aplicado a fin de resolver la cuestión de autos conforme el derecho vigente (fs. 177) con el objeto de preservar la efectividad del pronunciamiento, así como la economía, concentración y celeridad procesal (fs. 178). La Sala consideró que "[l]os antecedentes penales del actor se encuentran comprendidos entre los previstos en el art. 1º del dec. 331/04, circunstancia que, actualmente, obsta al otorgamiento de la licencia y, por lo tanto, al progreso de la pretensión. Ello así, en tanto —dada la fecha de la sentencia condenatoria (21/10/1998)— aún no se ha producido la caducidad de su registro (conf. art. 2º, norma citada) (...). [E]ste precepto remite al art. 51, C.P., el cual establece —en cuanto concierne a este caso— que 'El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1) Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales'" (fs. 178).

5. Ahora bien, a mi juicio, la circunstancia de que la Legislatura dictara la ley 2148 (que fuera publicada en el *BOCBA* nº 2615 del 31/1/2007) torna innecesaria a fin de resolver el caso, la consideración del dec. 331/04.

No comparto el criterio que sostuvo, a fs. 266, el GCBA al contestar el traslado conferido mediante la providencia de fs. 258, en el sentido de que "[n]o se observa en ningún artículo, que dicha ley [la 2148] modifique o derogue el dec. 331-GCBA/04...".

El art. 3.2.15 de la ley 2148 prescribe que: "...Se puede denegar la licencia de conductor profesional clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público..." (el destacado me pertenece).

A diferencia de lo que dispusiera el dec. 331/04, a partir de la sanción de la ley 2148, la denegación de la licencia profesional de conducir Clase D con motivo en los antecedentes penales del peticionante adquirió carácter facultativo (no imperativo) para la Administración local. Sin embargo, pese a esta modificación, subsiste la referencia dirigida hacia quienes tienen antecedentes penales.

A fs. 266 y vta. (contestación del traslado ordenado a fs. 258), el GCBA insiste con la postura que sostuviera al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad y, como ya lo destacara más arriba, se limita a afirmar que el nuevo marco normativo de tránsito y transporte de la Ciudad prevé "las mismas causales que enumera el dec. 331/2004".

Sin embargo, el GCBA parece no distinguir dos aspectos de las reglas que compara. Por un lado, es cierto que las causales para denegar licencias son las mismas. Por otro —y esta es una diferencia significativa— la obligación contenida en el dec. se convierte en facultad de la Administración según la ley.

No advertir la diferencia revela hasta que punto el GCBA está dispuesto a ignorar esa facultad y/o a no hacer uso de ella en ningún caso.

En ocasión de contestar el traslado mencionado, el GCBA ha tenido posibilidad de evaluar, ahora bajo el régimen de la ley 2148, la situación del amparista y la adecuación normativa de la disposición nº 720-DGEVyL/03 sin que considerara pertinente, debido a su interpretación de las normas en juego, la realización un nuevo estudio de la cuestión desde la perspectiva de la ley 2148.

6. En lo que aquí interesa, el recurrente fundó su recurso de inconstitucionalidad en los derechos que establecen los arts. 14, 14 bis, 17 y 18 de la C.N. y los arts. 11, 13 incs. 3º y 9º, 43, 80 incs. e) y h), 84 y 108 de la CCBA, así como en tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

7. El art. 11 de la CCBA dispone que "[t]odas las personas tienen idéntica dignidad", no admite segregaciones y proscribe las discriminaciones por cualquier circunstancia que implique "distinción, exclusión, restricción o menoscabo". En sentido coincidente, el art. 13, inc. 9º de la CCBA "erradica de la Legislación de la Ciudad (...) cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de actos que no afecten derechos individuales ni colectivos".

Ahora bien, para satisfacer un estricto escrutinio de la constitucionalidad de las normas que afectan al amparista cabe preguntarse cuál es el fin que persiguen, si el medio escogido puesto en conjunción con ese fin es idóneo y razonable, y si no existe otro camino más apto y que resguarde mejor los principios constitucionales involucrados.

La disposición nº 720/03 no explica en ninguno de sus considerandos cómo ni por qué "...el delito mencionado [aquel en el que incurriera el recurrente] resulta un impedimento para el otorgamiento de una licencia para conducir transporte público..."; la sola referencia a los antecedentes penales del Sr. Ludueña apunta, sin dudas, a las características biográficas del sujeto y se sostiene en una presunción de peligrosidad del autor; vedada por la CCBA.

En estas condiciones, considero enteramente aplicable a la situación de autos los fundamentos que expusiera en la causa "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888, resolución del 21/3/2007 y que transcribo a continuación:

"Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (conf. los arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional".

"La Disposición [de la DGEVyL] (...) hace uso de un criterio de exclusión de manera previa a cualquier consideración acerca de la situación concreta del recurrente y es esto lo que la torna inválida por razones constitucionales".

"Dicho en otras palabras, la Disposición [de la DGEVyL] (...), el dec. 331/04 y aún el art. 3.2.15 de la ley 2148 (aunque de manera más sutil) conducen al mismo resultado: instituyen una categoría de personas que están privadas del potencial ejercicio de derechos fundamentales, lo que es violatorio de los arts. 11 y 13 de la CCBA...".

8. En atención a los argumentos precedentemente expuestos y en mérito de los preceptos constitucionales indicados corresponde declarar inconstitucional la disposición 720—DGEVyL/03 que denegó al Sr. Pedro Ludueña la licencia de conducir peticionada con motivo de sus antecedentes penales.

La solución que propicio torna innecesaria la consideración de los restantes agravios del recurso de inconstitucionalidad y también el tratamiento del recurso de queja que oportunamente se dedujera.

9. Voto en consecuencia por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el Sr. Pedro Albino Ludueña a fs. 185/197, *b)* revocar la sentencia recurrida en cuanto dispuso "[h]acer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia apelada (...) y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo interpuesta", *c)* dejar firme la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la demanda de amparo del Sr. Ludueña y ordenó "a la Dirección General de Educación Vial y Licencias que otorgue al nombrado la licencia clase D 1 oportunamente solicitada, previa verificación del cumplimiento de los demás requisitos legales" y, *d)* imponer las costas al GCBA.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El caso a resolver presenta analogías sustanciales con el precedente "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de in-

constitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, resolución del TSJ del 21/3/2007. La marcada simetría del planteo se advierte también al cotejar el caso bajo análisis con "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado "Lata, Jorge Mario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lata Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4932/06, sentencia del 13/6/2007.

2. Si se repara en los agravios que esgrime el Sr. Ludueña en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 186 vta./196 vta.), se advertirá que, como lo expresé en el caso "Lata", ya citado, actualmente su pretensión carece hoy de sentido. En efecto, el recurrente se agravia centralmente de: *a)* la aplicación retroactiva del dec. 331/04, lo que —él entiende— afecta derechos constitucionales adquiridos; *b)* la supuesta restricción a su derecho a trabajar sin que medie una ley formal que sirva de sustento a aquella limitación; *c)* la violación al principio que veda la doble punición y a la disposición contenida en el art. 108 de la CCBA en tanto veda al Ejecutivo y al Legislativo ejercer funciones judiciales; *d)* la supuesta afectación a los derechos reconocidos en los arts. 11 (igualdad ante la ley y test de escrutinio estricto ante la sospecha de discriminación) y 13, inc. 9º de la CCBA (prohibición de cualquier manifestación de derecho penal de autor); *e)* la alegada violación al principio de congruencia con lesión a su derecho a trabajar; y *f)* la arbitrariedad de la sentencia.

Frente a estos reclamos del recurrente, es menester reiterar, como en los casos nombrados *supra*, que el dec. 331/04, reputado por la Cámara como "el régimen jurídico aplicable al caso" en la sentencia recurrida, establece una regla que "...no conserva su vigencia, o, cuando menos, no la conserva en el mismo sentido para resolver este caso, pues ella ha sido reformada por la actual ley local de tránsito vigente 2148. Si, como creo que es correcto, la situación a resolver en el recurso por inconstitucionalidad se debe decidir conforme a la posición del orden jurídico al momento del fallo, resulta claro que la discusión sobre la constitucionalidad de una norma derogada, que no rige, además, caso futuro alguno, carece de sentido" (ver punto 3 de mi voto en "Pérez, Ariel", cit.).

Con otras palabras, ninguna de las razones del amparista acerca de la lesión constitucional que implica el decreto derogado resultan sencillamente trasladables al marco normativo fijado por la nueva ley local 2148 que, como es sabido, ha operado una modificación sustantiva en la modalidad —antes imperativa— por la que se expresa un *mandato de no conceder* en el dec. 331/04 ("*Debe* denegarse...") que, actualmente, denota un carácter inequívocamente facultativo ("*Podrá* denegarse...").

3. Por lo demás, no debe perderse de vista que, con buen criterio, la señora jueza de trámite dispuso a fs. 258 que se corriera traslado a las partes a fin de que manifestaran aquello que consideraran oportuno con relación a la ley 2148, recientemente sancionada. Sin embargo, el Defensor General de la Ciudad puso de manifiesto la imposibilidad de localizar al recurrente a fin de contestar el traslado dispuesto. De este modo, por lamentable que sea esta circunstancia, lo cierto es que el actor no tornó evidente en forma alguna el modo como mantenía sus agravios frente a la nueva normativa, esto es, cómo se acomodan sus motivos de cara a la legislación vigente.

4. Como se puede ver, el recurso de inconstitucionalidad, incluso concedido parcialmente, resulta improcedente, pues no se refiere a la normativa actual que rige el caso y, por lo mismo, carece de sentido con relación a la competencia del Tribunal. La sentencia denegatoria del amparo adquirirá firmeza por esta razón, y el amparista deberá, en este nuevo contexto, solicitar una vez más la licencia de conductor, de conformidad con el nuevo escenario jurídico que sustenta su pretensión. En consecuencia, propicio un dispositivo que implique rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Ludueña, y concedido parcialmente por la Cámara, y distribuir las costas por su orden (CCBA, 14).

5. Con referencia al recurso de queja interpuesto, sobre la base de la inadmisibilidad parcial del recurso de inconstitucionalidad resuelta por la Cámara, debo decir que resulta correcta la prédica del tribunal *a quo* acerca de que ese motivo no implica una nueva instancia ante la cual los litigantes puedan traer sus disconformidades con los puntos de vista fácticos y jurídicos —infraconstitucionales— de la sentencia criticada. Ya el TSJ ha dicho reiteradamente, con paráfrasis de la CSJN (*Fallos,* 312:246, 389 y 608, entre otros), que el motivo "no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución nacional". Resulta evidente que las invocaciones del recurrente y el examen de la sentencia no logran poner en evidencia un defecto tan grave como el definido por la CSJN y aceptado en numerosos fallos por la mayoría del TSJ. La observación precedente resulta apropiada, así como la advertencia del criterio todavía más estricto que aquél definido por la CSJN, que yo he sostenido individualmente (conf. *inter alia*, mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005.

La queja, por lo tanto, debe ser rechazada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El Sr. Pedro Albino Ludueña inicia este amparo a fin de que "[s]e ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCABA que me otorgue la licencia profesional para conducir clase D 2, en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición nº 720-DGEVyL/03, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes" (fs. 1). Ello por cuanto, según relata, le fue denegado el acceso a la licencia de conducir clase D de un modo que compromete derechos garantizados por la constitución local y nacional.

2. Las características de la pretensión articulada exigen formular algunas precisiones destinadas a enmarcar la solución requerida por el recurso de inconstitucionalidad concedido a fs. 214/214 vta.

El actor, en lo que ahora interesa, impugna la aplicación del dec. 331/04 para analizar la validez del acto administrativo que le denegó la renovación de su licencia porque esa norma no existía cuando se emitió el acto cuestionado ni dispuso su aplicación retroactiva (véase fs. 186 vta./188).

2.1. En primer término, el otorgamiento de la licencia para conducir está organizado por el legislador como una función administrativa. Dentro de esa categoría, la enunciada es de aquellas actividades calificadas como regladas, en tanto la autoridad de aplicación debe sujetarse a los textos legales que la limitan; es decir que frente a circunstancias de hecho determinadas a nivel normativo, la Administración debe proceder en la forma señalada por el legislador. Cuando los jueces controlan la legitimidad de los actos emitidos en ejercicio de facultades regladas, lo hacen a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho a las que debieron conformarse. Es éste el marco conceptual que comprende, en teoría, a situaciones como la de autos, y permite deslindar los espacios de actuación de la Administración, del juez y por ende, también, aquello que puede ser solicitado a los jueces como contenido de una sentencia que hace lugar a la demanda. En este orden de ideas, resulta indisputable que no compete a los jueces emitir registros de conducir, aun cuando puedan establecer si la Administración ha trasgredido los límites que la ley fija para denegarlos.

2.2. En autos no viene discutido el alcance asignado a la pretensión por los jueces de mérito, a quienes corresponde, por regla, definir el punto

de modo privativo. Sin embargo, ello no impide aclarar que en tanto el propio actor ligó la orden judicial requerida a la "previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes", la actividad jurisdiccional quedaba orientada a controlar la causa del acto administrativo cuestionado para, en su caso, remover el obstáculo jurídico ilegítimo (v. gr. limitación inconstitucional del acceso al registro de conductor profesional) y ordenar que, con prescindencia del fundamento descalificado en sede judicial, la Administración se pronunciase en el marco de su competencia y sin otra restricción que la apuntada. Asumir ello sin perder de vista, además, que el alegado carácter alimentario vinculado con el derecho debatido, pudo provocar alguna flexibilidad del contenido esperable de la sentencia, como contrapartida de la pretensión, es suficiente para tener por configurados los presupuestos de actuación judicial que condicionan la intervención de este estrado. La diferencia entre el contenido de la sentencia que puede ser requerida al juez cuando se excita el control judicial de una actividad administrativa reglada, y aquel otro más flexible que asumo atribuyeron los jueces de mérito a la pretensión de autos, reside en cuál es el régimen jurídico cuya validez se analiza para determinar la legitimidad del acto cuestionado. Frente a la pretensión de la actora orientada a que se ordene a la DGEVyL que "otorgue la licencia profesional para conducir clase D2" y no solamente a que se anule la disposición 720-DGEVyL/03, el *a quo* verificó si las restricciones normativas para acceder a la licencia denegada al actor subsistían en el régimen vigente y controló su validez constitucional a la luz de los planteos formulados en el escrito de inicio.

Los cambios normativos en la materia también avalan que el Tribunal se pronuncie sobre las cuestiones constitucionales planteadas, aún frente a una pretensión poco ortodoxa. En caso contrario, la modificación en aspectos poco sensibles de las normas que reglamentan la emisión de las licencias profesionales de conducir clase D2 impediría que este Tribunal pueda expedirse en un tiempo oportuno sobre la constitucionalidad de esas restricciones (que, en lo que a la objeción constitucional del actor interesa, son sustancialmente iguales a las previstas por las normas anteriores). Sobre todo, considerando el tiempo que suele insumir el trámite de un proceso judicial hasta llegar a este estrado y las restricciones que deben cumplirse para llegar a una instancia de excepción como ésta. Asimismo, la cantidad de expedientes con cuestiones similares que se plantean ante la justicia de la Ciudad reclama que su máxima autoridad emita una respuesta lo antes posible.

Si en casos como el presente —ante cambios normativos que no alteran sensiblemente el espíritu de las normas precedentes, tachadas oportu-

namente de inconstitucionales por el actor— el Tribunal desestimara ese planteo en atención a las nuevas normas y la deferencia que debe tener hacia los otros poderes, podría verse truncada su facultad (y obligación), impuesta por la CCBA (arts. 106 y 113, inc. 3º) de controlar la constitucionalidad de los actos emanados por los demás poderes del Estado.

Aunque la cuestión proyecta consecuencias de importancia en torno a las condiciones de hecho y de derecho que el juez debe valorar para resolver la controversia, el recurso bajo análisis, como se verá, impone reconducir la discusión en un sentido que, si bien, justifica la formulación de las consideraciones anteriores no exige, en cambio, profundizar su desarrollo.

3. La denegatoria de la licencia impugnada no obedeció exclusivamente al hecho de que el Sr. Ludueña registrara antecedentes penales —en el caso, lesiones graves (art. 90, C.P.)— sino que la Dirección de Educación Vial y Licencias resaltó que en el dictamen de la Procuración General —emitido en el marco del expediente administrativo— se sostuvo que "[...] el delito mencionado resulta un impedimento para el otorgamiento de una licencia profesional para conducir transporte público, ya que el solicitante tiene antecedentes penales relacionados con delitos con automotores, en circulación, los que además han implicado daños ciertos a la integridad de las personas [...]" (fs. 110). Además, en dicho expediente administrativo, a pedido de la Procuración General, se incluyó copia de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 11 de esta Ciudad, en la que consta que la condena al Sr. Ludueña fue consecuencia de hechos vinculados con la conducción de taxis. Allí se relata que Ludueña, luego de ser encerrado por una camioneta Renault Trafic mientras realizaba una maniobra de sobrepaso, chocó con su taxi la camioneta e intentó escaparse. Al ser alcanzado y obligado a detenerse por el conductor de la camioneta, el Sr. Ludueña golpeó al conductor de la Trafic con "el trozo de fijación del cinturón de seguridad" de su vehículo. Luego de arribada la policía al lugar, también según se relata en la sentencia, Luedueña "volvió al vehículo y tomó un cortauñas que debió serle quitado por un funcionario policial" (fs. 102 vta./103 vta.).

3.1. En un pronunciamiento posterior a la sentencia impugnada este Tribunal se expidió sobre la validez constitucional de un régimen similar al valorado por el *a quo* cuyos fundamentos, a los que remito en honor a la brevedad, bastarían para desplazar los motivos usados por la Sala I para fundar el rechazo del amparo como pretende el recurrente (conf. TSJ *in re* "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007).

3.2. Sin perjuicio de ello, el precedente aludido, luego de indicar que convertir los antecedentes penales en automático impedimento para obtener la licencia de conducir vulnera mandatos contenidos en la Constitución de la Ciudad y de la Nación, también señaló que compete al poder administrador establecer las medidas tendentes a mostrar la relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, a fin de dar explicación admisible, brindando con ello, razonabilidad a la reglamentación que restringe el acceso de quienes ostentan determinados antecedentes penales a licencias de conducir clase D 1 y 2.

Conforme surge de las constancias de la causa —en lo que ahí interesa, relatadas en el punto anterior—, la Administración fundó su negativa a renovar la licencia vinculando en forma directa el tipo de condena penal y los hechos por los que fue condenado el recurrente con la seguridad del tránsito y los requerimientos de ese tipo de servicios.

Así las cosas, el acto administrativo cuestionado no puede ser descalificado por constituir una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Más aún, considerando que el actor no cuestionó en forma suficiente la fundamentación desarrollada por la Administración y la forma en que ésta relacionó la conducta penada con el servicio de taxis y la seguridad en el tránsito. Tampoco muestra haber aportado, por ejemplo, información que pudiera haber modificado la decisión de la Administración o que ponga en evidencia que ésta realizó un examen parcial de las circunstancias, como podrían ser elementos que pudieran justificar, en alguna medida, la conducta del Sr. Ludueña o que demuestren que dicha conducta fue excepcional y no es representativa de su personalidad. El actor se limita a realizar cuestionamientos directos a la reglamentación que —más allá de su acierto o desacierto—, como ya se dijo, han sido resueltos por este Tribunal en el precedente "Pérez".

4. Finalmente, nada de lo dicho obsta a que, conforme nuevas circunstancias de hecho, el actor pueda formular un nuevo pedido en sede administrativa. Ello, toda vez que el acto denegatorio cuestionado no causa estado respecto de la solicitud realizada por el administrado.

5. Por lo expuesto, corresponde rechazar los recursos de queja y de inconstitucionalidad y confirmar, por los argumentos expuestos, la sentencia de Cámara en cuanto determina el rechazo de la acción de amparo. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora, la Legislatura local sancionó el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, ley 2148 (*BOCBA* 2615 del 31/1/2007).

Ante esta circunstancia, se corrió traslado a las partes para que manifestaran lo que estimasen oportuno con relación a la nueva normativa. La recurrente no pudo ser localizada por su Defensor, por lo que en la oportunidad correspondiente no ejerció ese derecho ni adecuó sus agravios a la norma que en la actualidad rige la materia. Por su parte, el GCBA ratificó los términos de su contestación del traslado del recurso de inconstitucionalidad.

2. En primer lugar, corresponde recordar que las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas, según lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su constante jurisprudencia (*Fallos,* 247:466; 269:31; 292:140; 300:844, 308:1489; 310:1927; 311:787; 313:344,1371, entre muchos otros).

En consecuencia, los agravios expuestos en el recurso deben ser ponderados a la luz de la referida modificación en el régimen jurídico aplicable a la situación del amparista.

3. Existe un primer grupo de agravios vinculados a la supuesta arbitrariedad de la sentencia del *a quo* por la pretendida violación al principio de congruencia.

La recurrente alega que la Cámara habría incurrido en un exceso de jurisdicción al aplicar a la situación de autos la normativa vigente a ese momento —dec. 331/04— y que aquella aplicación "retroactiva" del dec. aludido habría afectado derechos constitucionales adquiridos. Se sostuvo, en síntesis, que el sentenciante debería haber resuelto acerca de la validez o invalidez de la disposición nº 720-DGEVyL-2003 teniendo en cuenta exclusivamente los hechos y los antecedentes de derecho que en aquel momento estaban vigentes.

Sin embargo, es claro que, por el argumento sencillo expuesto en el punto 2 precedente, el planteo referido a la pretendida invalidez de la sentencia por arbitrariedad no puede ser admitido. La Cámara dictó sentencia haciendo mérito de las circunstancias sobrevinientes procurando preservar el derecho de defensa de las partes —dado que previamente corrió un traslado para que se manifestaran al respecto—. En modo alguno puede concluirse que el *a quo* falló trasponiendo los límites de su competencia y, en este punto, los dichos del recurrente se traducen exclusivamente su desacuerdo con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento realizado por los jueces de grado.

Por lo demás, resulta oportuno recordar también la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, básicamente,

destaca que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los mismos (*Fallos,* 268:228; 308:199; 310: 2845; 316:2483; 318:1237; entre muchos otros*)*. Menos aún en un caso como el de autos, toda vez que, en rigor, el actor no demuestra poseer un derecho adquirido para obtener una licencia profesional de conductor.

Es más, conforme a la ya recordada regla según la cual las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso, hoy en día resulta evidente que la pretensión objeto de esta acción judicial —orientada a lograr que el GCBA expida al señor Ludueña una licencia profesional de conductor clase D1—, tampoco se rige por el dec. 331-GCBA/04, sino por la referida ley 2148 (cfr. este Tribunal *in re*: "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007 y "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4942/06, y su acumulado "Lata, Jorge Mario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lata Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4932/06, sentencia del 13/6/2007).

4. Los restantes agravios esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad —restricción al derecho a trabajar sin que medie una ley formal; violación al principio que veda la doble punición y a la disposición contenida en el art. 108 de la CCBA en tanto veda al Ejecutivo y al Legislativo ejercer funciones judiciales; y afectación de los principios y derechos que establecen los arts. 11 y 13, inc. 9º, CCBA (prohibición de cualquier manifestación de derecho penal de autor)— no pueden ser trasladados sin más a la nueva situación jurídica existente.

En lo que respecta al primero de ellos, por cuanto se advierte que la nueva normativa que disciplina la materia —ley 2148— fue sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En punto a los dos restantes, dado que la Administración aún no se ha expedido respecto de la solicitud de licencia profesional de conducir del señor Ludueña en el marco de la ley hoy vigente.

Ello resulta determinate ya que, ante la existencia de antecedentes penales informables por determinados delitos, el decreto derogado preveía en forma *imperativa* la denegatoria de la licencia. En la actualidad, en cambio, la ley vigente autoriza por el mismo motivo a la Administración a denegar la licencia, pero en forma *facultativa*. Es decir, se ha mo-

dificado un elemento reglado del acto por otro de tipo discrecional. Donde el art. 1º del dec. 331/04 disponía que: "...*Debe denegarse* la solicitud de licencia...", el art. 3.2.15 del Anexo a la ley 2148 establece que: "...*Se puede denegar* la licencia..." cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior. Según la nueva regulación, entonces, la Administración ahora *puede* denegar (o no) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos, mediante una resolución que dote a su discrecional decisión de fundamentos razonables. Esta circunstancia no permite en la actualidad tener por configurados los apuntados agravios sin más.

Así las cosas, en el caso corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad incoado por el señor Ludueña y, en consecuencia, confirmar la sentencia de Cámara en cuanto rechaza la acción de amparo interpuesta.

Sin perjuicio de ello, entendemos que nada impediría al actor solicitar nuevamente —ante el organismo competente— la renovación de su licencia de conductor profesional clase D, subclase 1, para que la Administración evalúe los antecedentes del actor en el contexto del nuevo régimen jurídico, de cara a su deber de garantizar la seguridad en el servicio de transporte público de pasajeros.

5. Por los fundamentos expuestos, votamos por rechazar los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el señor Ludueña y confirmar la sentencia de Cámara en cuanto rechazó la acción de amparo interpuesta. Las costas del proceso deben imponerse en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar*, los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por Pedro Albino Ludueña.

2º. *Imponer* la costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*