CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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

XII

2010/B

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. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019. (vol. XII – 2010/B)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-011-4

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

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-011-4

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Presidente

Dra. Conde, Ana María

Vicepresidente

Dr. Lozano, Luis F.

Jueces

Dra. Ruiz, Alicia E. C.
Dr. Casás, José O.

Secretario Judicial Interino en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

(hasta el 22 de marzo de 2010)

Secretario Judicial en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

(desde el 23 de marzo de 2010)

Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios

Dr. Said, José Luis

Secretario Judicial Subrogante de la Secretaría Judicial
en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

Dr. Said, José Luis

(hasta el 17 de agosto de 2010)

Secretario Judicial en Asuntos Penales,
Contravencionales y de Faltas

Dr. Mandalunis, José Luis

(desde el 18 de agosto de 2010)

Secretario Judicial en Asuntos Generales

Dr. Perrone, José María

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

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

XII

2010/B

ÍNDICE

FALLOS

CXXXI *"Siciliano, María Angélica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 927

Expte. SACAyT nº 6832/09 - 2/6/2010 928

CXXXII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sandoval, Damián Alejandro s/infr. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"* 932

Expte. SAPCyF n° 7215/10 - 2/6/2010 932

CXXXIII *"Ministerio Público —Fiscal ante la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Sánchez, Atilio José s/inf. art. 116, CC'"* 935

Expte. SAO n° 7308/10 - 4/6/2010 935

CXXXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Blockbuster S.A. s/ejecución fiscal'"* 936

Expte. SACAyT nº 6855/09 - 8/6/2010 936

CXXXV *"Acuña, María Soledad c/GCBA y otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 938

Expte. SACAyT nº 6839/09 - 11/6/2010 939

CXXXVI *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García Ibar, Francisco Javier s/infr. art. 111, CC'"*. 943

Expte. SAPCyF n° 7196/10 - 11/6/2010 944

CXXXVII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Romero, Gustavo Facundo s/infr. art(s). 189 bis, C.P.'"*. 947

Expte. SAPCyF nº 7169/10 - 11/6/2010 948

CXXXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oteiza, Ángel Matías y otros c/GCBA s/cobro de pesos'"* 950

Expte. SACAyT nº 6493/09 - 16/6/2010 950

CXXXIX *"Mavrich, Mónica Laura s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mavrich, Mónica Laura y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 952

Expte. SACAyT n° 6858/09 - 16/6/2010 953

CXL *"Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/infr. art. 2.2.14 —ley 451'"*. 958

Expte. SAPCyF n° 6751/09 - 16/6/2010 959

CXLI *"Servicio Escalada S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 965

Expte. SAO n° 7316/10 - 16/6/2010 965

CXLII *"VALOT S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 967

Expte. SAO nº 6942/09 - 17/6/2010. 968

CXLIII *"Vázquez Bouzan, Nélida s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Vázquez Bouzan, Nélida s/ejecución fiscal —radicación de vehículos'"* 972

Expte. SACAyT nº 6912/09 - 30/6/2010 972

CXLIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Grey Argentina S.A. s/ej. fisc. ing. brutos Convenio Multilateral'"*. 974

Expte. SACAyT n° 6894/09 - 30/6/2010 975

CXLV *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laoui, Diego Ariel s/inf. art(s). 111, CC'"* 984

Expte. SAPCyF n° 7093/10 - 30/6/2010 985

CXLVI *"Asociación REDI (Red por los derechos de las personas con discapacidad) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 989

Expte. SAO n° 7165/10 - 30/6/2010 989

CXLVII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Club Atlético River Plate (CARP) y otros s/inf. art. 96, CC'"* 992

Expte. SAPCyF nº 7195/10 - 2/7/2010 993

CXLVIII *"Servicios Integrales S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido"* 995

Expte. SACAyT nº 6616/09 - 6/7/2010 996

CXLIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corbalán, Sergio Alberto c/GCBA s/responsabilidad médica'"* 999

Expte. SACAyT nº 6936/09 - 7/7/2010 999

CL *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Suárez, María del Carmen y otros c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 1001

Expte. SACAyT n° 6923/09 - 7/7/2010 1002

CLI *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por retardo, privación o denegación de justicia, en: 'Parrilli, Rosa Elsa s/inf. art(s). 149 bis, amenazas —C.P. (p/l 2303)'"* 1011

Expte. SAPCyF n° 7346/10 - 7/7/2010 . . . . . .

CLII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parigi, Enrique Alberto s/infr. art. 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"* . . . 1014

Expte. SAPCyF nº 7269/10 - 7/7/2010 1014

CLIII *"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'"* 1015

Expte. SAPCyF n° 4066/05 - 7/7/2010 1016

CLIV *"Incidente de prisión preventiva en autos: 'Merlo, Favio Juvenal s/inf. art. 189 bis, C.P.' s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1021

Expte. SAPCyF nº 6891/09 - 7/7/2010 1022

CLV *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 1025

Expte. SACAyT n° 6837/09 - 8/7/2010 1025

CLVI *"Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 1029

Expte. SACAyT n° 6589/09 - 8/7/2010 1030

CLVII *"Acuña, Olga c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1034

Expte. SACAyT nº 7224/10 - 12/7/2010 1041

CLVIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Quiroga Álvarez, Gabriel Ubaldo s/infr. art(s). 111, CC'"*. 1044

Expte. SAPCyF nº 7305/10 - 12/7/2010 1045

CLIX *"Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN (Yerbal 2635) s/inf. art. 181, inc. 3º, C.P. —inconstitucionalidad'"* 1048

Expte. SAPCyF nº 6895/09 - 12/7/2010 1050

CLX *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Elola, Hernán Ezequiel s/infr. art. 111, CC'"* 1059

Expte. SAPCyF nº 7157/10 - 12/7/2010 1060

CLXI *"Altos de Boulevard Centro Pro-Vida, S.A s/inf. art(s). 4.1.1.2, habilitación en infracción s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1064

Expte. SAPCyF nº 7044/09 - 12/7/2010 1066

CLXII *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales contra res. pers. públicas no est.'"* 1071

Expte. SACAyT n° 6838/09 - 13/7/2010 1072

CLXIII *"Quispe Arteala, Esther Evangelia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1076

Expte. SACAyT nº 6815/09 - 13/7/2010 1078

CLXIV *"Szwarcman, Elsa Irene s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Szwarcman, Elsa Irene c/GCBA s/amparo'"*. 1085

Expte. SACAyT n° 6940/09 - 13/7/2010 1086

CLXV *"Coronel, Ramona Dominga c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido"* 1094

Expte. SACAyT n° 6630/09 - 13/7/2010 1098

CLXVI *"Devoto, Rubén Ángel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Devoto, Rubén Ángel c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales'"* 1139

Expte. SACAyT n° 6681/09 - 14/7/2010 1140

CLXVII *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lavía, Edmundo Mario c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"* 1153

Expte. SACAyT nº 6924/09 - 14/7/2010 1154

CLXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Calisaya, Edmunda Nélida c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1163

Expte. SACAyT n° 6759/09 - 14/7/2010 1163

CLXIX *"D'Aloisio, Víctor c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Aloisio, Víctor c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 1170

Expte. SACAyT n° 6586/09 - 14/7/2010 1170

CLXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Expreso Singer S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 1173

Expte. SACAyT n° 6664/09 - 14/7/2010 1174

CLXXI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mamani Garvizu, Lola c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1177

Expte. SACAyT n° 6900/09 - 14/7/2010 1178

CLXXII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Campagnolle, Sergio Hugo s/inf. art. 111 del CC'"* 1182

Expte. SAPCyF nº 7106/10 - 14/7/2010 1183

CLXXIII *"Telefónica Móviles Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, Eduardo Blas y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1186

Expte. SACAyT n° 6878/09 - 15/7/2010 1187

CLXXIV *"Limpia Buenos Aires S.A. s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Limpia Buenos Aires S.A. c/GCBA s/cobro de pesos'"* 1198

Expte. SAO n° 7461/10 - 15/7/2010 1198

CLXXV *"Volkswagen Argentina S.A. c/GCBA-Dirección General de Rentas (resol. 387-DGR-00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario concedido"*. 1199

Expte. SACAyT n° 6517/09 - 16/7/2010 1199

CLXXVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bertilotti, Marta Rosa c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"*. 1200

Expte. SACAyT n° 6584/09 - 16/7/2010 1203

CLXXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Troisi, Alberto Fabián c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" y su acumulado, expte. nº 6795 "Troisi, Alberto Fabián s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Troisi, Alberto Fabián c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 1219

Expte. SACAyT nº 6794/09 - 16/7/2010 1221

CLXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Albornoz, Diego Armando s/infr. art(s). 183, daños —C.P.— (p/l 2303)'"* 1233

Expte. SAPCyF n° 7088/10 - 16/7/2010 1234

CLXXIX *"Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. (PRIMA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. s/ej. fisc. —ing. brutos— Convenio Multilateral'"* 1236

Expte. SACAyT nº 6750/09 - 2/8/2010 1237

CLXXX *"Elevadores Mar del Plata S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado y queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'GCBA c/Elevadores Mar del Plata S.A. s/ejecución fiscal'"* 1239

Expte. SACAyT nº 6618/09 - 3/8/2010 1240

CLXXXI *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rua, Santiago Matías s/infr. art(s). 111, CC'"* 1248

Expte. SAPCyF n° 7271/10 - 4/8/2010 1248

CLXXXII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pilotto Diehl, Michele s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC'"* 1251

Expte. SAPCyF nº 7349/10 - 4/8/2010 1252

CLXXXIII *"Wasserman, Armando Andrés s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin.com s/infr. art. 116, CC, organizar y explotar juego'"* 1255

Expte. SAPCyF n° 7097/10 - 4/8/2010 1255

CLXXXIV *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corrao, Osvaldo Horacio s/infr. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"* 1257

Expte. SAPCyF nº 7156/10 - 5/8/2010 1258

CLXXXV *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 1262

Expte. SACAyT n° 6823/09 - 9/8/2010 1262

CLXXXVI *"Colegio de Escribanos de la CABA c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1265

Expte. SACAyT nº 6898/09 - 11/8/2010 1266

CLXXXVII *"GCBA s/otros en: 'González, Mirta Nélida c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1277

Expte. SACAyT nº 6914/09 - 11/8/2010 1277

CLXXXVIII *"Vaccaro de Carosi, María Emilia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vaccaro de Carosi, María Emilia c/GCBA s/daños y perjuicios'"* 1280

Expte. SACAyT n° 7010/10 - 11/8/2010 1280

CLXXXIX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Toledo, Cristian Maximiliano s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil —C.P.'"*. 1285

Expte. SAPCyF n° 7058/10 - 11/8/2010 1286

CXC *"Marchetta, Fernando Ariel s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1292

Expte. SAPCyF n° 7092/10 - 11/8/2010 1293

CXCI *"Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098 (habeas corpus)'"* 1297

Expte. SAPCyF n° 6925/09 - 11/8/2010 1305

CXCII *"Multimarketing S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Multimarketing S.A. s/infr. art. 2.2.14, sanción genérica, ley 451 —apelación'"*. 1365

Expte. SAPCyF n° 7057/10 - 11/8/2010 1366

CXCIII *"Cámara de Empresarios de Discotecas y Entretenimientos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 1372

Expte. SAO n° 7089/10 - 11/8/2010 1372

CXCIV *"GCBA c/Vacation Resorts (reservado) s/ej. fisc. —ingresos brutos— s/recurso de apelación ordinario concedido"*. 1378

Expte. SACAyT nº 6879/09 - 18/8/2010 1381

CXCV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Moro, Alejandro s/ej. fisc. – ing. brutos Convenio Multilateral'"*. 1396

Expte. SACAyT nº 7187/10 - 18/8/2010 1396

CXCVI *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Magistrados Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios P.J. CABA c/Consejo de la Magistratura s/otros procesos especiales'"*. 1399

Expte. SACAyT nº 7005/10 - 18/8/2010 1400

CXCVII *"Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/infr. art. 2.2.15, permiso y planos de obra —ley 451'"*. 1408

Expte. SAPCyF n° 7102/10 - 18/8/2010 1409

CXCVIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación formado en el legajo de solicitud de audiencia en los términos del art. 210 CPP CABA en autos Ferreira Reyes, René s/inf. art. 189 bis, C.P.'"*. 1416

Expte. SAPCyF nº 6428/09 - 18/8/2010 1416

CXCIX *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Genito, Marina Andrea s/infr. art. 111 —CC'"*. 1418

Expte. SAPCyF nº 7147/10 - 18/8/2010 1419

CC *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infr. art. 116, CC'"* 1422

Expte. SAPCyF n° 6890/09 - 18/8/2010 1424

CCI *"Boico, Roberto José s/pedido de revocatoria de mandato"* 1435

Expte. SAO n° 7471/10 - 18/8/2010 1435

CCII *"Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes" y su acumulado expte. nº 7046/10 "Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/conflicto de poderes"*. 1438

Expte. SAO n° 6836/09 - 18/8/2010 1453

CCIII *"Valot S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1561

Expte. SAO n° 6942/09 - 18/8/2010 1564

CCIV *"Indugraf S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez, Juan Carlos s/denuncia por usurpación'"* 1586

Expte. SAPCyF nº 7070/10 - 24/8/2010 1587

CCV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación de Trabajadores del Estado y otros c/GCBA s/amparo'"* 1590

Expte. SACAyT n° 6971/09 - 25/8/2010 1590

CCVI *"Pittorino Cáceres, Carlos A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pittorino Cáceres, Carlos A. c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)"* 1598

Expte. SACAyT n° 7082/10 - 25/8/2010 1599

CCVII *"Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 1605

Expte. SACAyT nº 7075/10 - 25/8/2010 1608

CCVIII *"Ministerio Público —Defensoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN, NN s/infr. art(s). 181 inc. 1°, usurpación (despojo) —C.P.— (p/l 2303)'" y expte. nº 7400/10, "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN, NN s/infr. art(s). 181 inc. 1°, usurpación (despojo) —C.P.— (p/l 2303)'"* 1619

Expte. SAPCyF n° 7386/10 - 25/8/2010 1619

CCIX *"Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1625

Expte. SACAyT n° 6765/09 - 26/8/2010 1626

CCX *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Petersen, Nicolás Juan s/infr. art. 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"* 1629

Expte. SAPCyF n° 7189/10 - 26/8/2010 1630

CCXI *"Merlo, Favio Juvenal s/inf. art. 189 bis, portación de armas de fuego de uso civil, C.P. (p/l 2303) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1635

Expte. SAPCyF nº 7098/10 - 30/8/2010 1636

CCXII *"Salazar, Juan Carlos c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1639

Expte. SACAyT n° 7319/10 - 1º/9/2010 1646

CCXIII *"Esquivel Pizarro, Héctor Hernán c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido'"*. 1649

Expte. SACAyT nº 7145/10 - 1º/9/2010 1651

CCXIV *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez, Ángel Eduardo s/inf. art. 111, CC'"* 1655

Expte. SAPCyF nº 7426/10 - 1º/9/2010 1655

CCXV *"Boico, Roberto José s/pedido de revocatoria de mandato"* . 1657

Expte. SAO n° 7471 - 1º/9/2010 1657

CCXVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Zuccoli, Oscar Luis Marcelo y otros c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"*. 1660

Expte. SACAyT nº 6661/09 - 3/9/2010 1661

CCXVII *"Paredes León, Mayckol Jean Pierre s/infr. art(s). 82, ruidos molestos —CC— s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1664

Expte. SAPCyF n° 7183/10 - 3/9/2010 1665

CCXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Freites, Mariana Inés y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en Freites, Mariana Inés y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1668

Expte. SACAyT nº 7288/10 - 6/9/2010 1669

CCXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Capasso, Carlos Oscar c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 1675

Expte. SACAyT n° 7099/10 - 8/9/2010 1675

CCXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Alejandro Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1682

Expte. SACAyT nº 7274/10 - 8/9/2010 1682

CCXXI *"Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 1686

Expte. SACAyT nº 6882/09 - 8/9/2010 1689

CCXXII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Elías, Carlos Alberto s/infr. art. 111, CC'"*. 1708

Expte. SAPCyF nº 7447/10 - 8/9/2010 1709

CCXXIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benavídez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis, C.P."* 1712

Expte. SAPCyF n° 6454/09 - 8/9/2010 1717

CCXXIV *"GCBA c/Consorcio de Propietarios 25 de Mayo s/otras causas donde la aut. admin. es actora s/conflicto de competencia"* . . 1737

Expte. SAO n° 7491/10 - 8/9/2010 1737

CCXXV *"Rocca de Hermida, Silvia Amalia c/GCBA s/otras demandas contra la aut. administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1741

Expte. SACAyT nº 7072/10 - 9/9/2010 1743

CCXXVI *"Inarteco S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inarteco S.A. s/infr. art. 4.1.11, ley 451'"* 1761

Expte. SAPCyF nº 7164/10 - 10/9/2010 1762

CCXXVII *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada en autos Tahmizian, Federico Daniel c/Policía Federal Argentina y otros s/otros procesos incidentales'"* 1768

Expte. SACAyT nº 7173/10 - 15/9/2010 1768

CCXXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Aceromat S.A. s/ejecución fiscal- ing. brutos Convenio Multilateral'"*. 1770

Expte. SACAyT nº 6793/09 - 15/9/2010 1771

CCXXIX *"Osorio, María del Pilar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Osorio, María del Pilar c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)"*. 1776

Expte. SACAyT n° 7113/10 - 15/9/2010 1777

CCXXX *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ornstein, Ulises Nahuel s/infr. art(s). 111, CC'"*. 1783

Expte. SAPCyF nº 7483/10 - 15/9/2010 1783

CCXXXI *"Gentili, Rafael, s/petición electoral —otros"* 1785

Expte. SAO n° 7544 - 15/9/2010 1785

CCXXXII *"Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1786

Expte. SAO n° 6370/08 - 15/9/2010 1790

CCXXXIII *"Bottoni, Julio Heriberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Bottoni, Julio H. s/ej. fiscal —radicación de vehículos"* 1825

Expte. SACAyT nº 6816/08 - 22/9/2010 1830

CCXXXIV *"Herrera, Carlos Alejandro c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1847

Expte. SACAyT nº 7340/10 - 22/9/2010 1848

CCXXXV *"Campbell, Colin Munro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Campbell, Colin Munro s/ejecución fiscal —ingresos brutos'"* 1855

Expte. SACAyT nº 7078/10 - 22/9/2010 1855

CCXXXVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Edificadora Carried S.A. s/ej. fisc. – avalúo'"* 1859

Expte. SACAyT n° 6939/09 - 22/9/2010 1860

CCXXXVII *"Paraguay 701 S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Paraguay 701 S.A. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 1864

Expte. SACAyT n° 6935/09 - 22/9/2010 1864

CCXXXVIII *"Trucco, Margarita Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trucco, Margarita Teresita c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"*. 1870

Expte. SACAyT n° 6881/09 - 22/9/2010 1871

CCXXXIX *"Alfano, Juan Carlos c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1877

Expte. SACAyT nº 7179/10 - 22/9/2010 1877

CCXL *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amorós, Ricardo y otros s/infr. art(s). 181, inc. 1º, usurpación (despojo) —C.P. (p/l 2303)'"* 1885

Expte. SAPCyF n° 7532/10 - 22/9/2010 1885

CCXLI *"Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de restitución en autos: 'NN, NN s/infr. art. 181 inc. 1º usurpación C.P. —recurso de inconstitucionalidad'"* 1887

Expte. SAPCyF n° 7084/10 - 22/9/2010 1889

CCXLII *"Servicio Escalada S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1891

Expte. SAO n° 7316/10 - 22/9/2010 1891

CCXLIII *"Boico, Roberto José s/pedido de revocatoria de mandato"* . 1897

Expte. SAO n° 7471/10 - 22/9/2010 1897

CCXLIV *"Limpia Buenos Aires S.A. s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Limpia Buenos Aires S.A. c/GCBA s/cobro de pesos'"* 1899

Expte. SAO n° 7545/10 - 22/9/2010 1899

CCXLV *"Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Camacho, Jorge Luis y otros s/infr. art(s). 181 inc. 1º —C.P.— (p/l 2303)'" y expte. nº 7473/10 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Camacho, Jorge Luis y otros s/infr. art(s). 181 inc. 1º, C.P.'"* 1902

Expte. SAPCyF n° 7472/10 - 27/9/2010 1902

CCXLVI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Del Tronco, Nicolás s/infr. art. 184 inc. 5º —C.P.—'" y expte. nº 6785/09 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Del Tronco, Nicolás s/infr. art. 184 inc. 5º —C.P.'"* 1905

Expte. SAPCyF n° 6784/09 - 27/9/2010 1909

CXXXI

"SICILIANO, MARÍA ANGÉLICA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. CONCURSO: Controlador administrativo de faltas. Cargos suplentes. Derecho a obtener el nombramiento.

SUMARIOS:

1. Los agravios de la recurrente no muestran por qué los efectos jurídicos atribuidos a la resol. 1315/06 —MGGC-07— no se limitan, como sostuvo la Sala I, a producir la designación como controladores de quienes obtuvieron cargos suplentes en el concurso del que participó la actora, sin hacer nacer un nuevo derecho a favor de la recurrente que, según nadie controvierte, no integraba ese universo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La sentencia impugnada encuentra apoyo, suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales invocadas (arts. 14, 14 bis, 16, 18, 28, 43 y 75, inc. 22 de la C.N. así como los arts. 11, 14, 43 y 44, CCBA), en la interpretación asignada a las normas infraconstitucionales comprometidas (v. gr. 942/04 y resol. 1315-MGGC-06), sin que el recurrente haya demostrado que el *a quo* se apartó de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para fundar sus sentencias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Las objeciones esgrimidas en torno al modo en que el futuro concurso operará en relación con los nombramientos efectuados con posterioridad al procedimiento de selección del que participó la accionante, se diluyen frente a la inteligencia otorgada a la normativa infraconstitucional, ajena a la revisión de este estrado, según la cual la recurrente carece del derecho a obtener el nombramiento que pretende. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Los planteos esgrimidos por la actora no sólo no logran poner en crisis las conclusiones a las que arribó el tribunal *a quo* en su sentencia —en punto a la inexistencia de norma concreta que habilite a la accionante a requerir por vía judicial su designación como Controladora Administrativa de Faltas—, sino que tampoco resultan hábiles para acreditar la relación directa entre los preceptos constitucionales

citados en el recurso y las cuestiones efectivamente decididas en la causa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6832/09 - 2/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Angélica Siciliano interpone recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I Cámara CAyT en tanto confirmó la de primera instancia que, a su vez, había rechazado el amparo planteado por la actora a fin de impugnar la normativa invocada por el demandado para designar controladores administrativos de faltas. El recurso solicita que se revoque el pronunciamiento atacado "...haciendo lugar a la pretensión contenida en la demanda de amparo, y por tanto ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires designar e incorporar en forma efectiva a la suscripta como Controladora Administrativa de Faltas" (fs. 194/210).

2. La recurrente se agravia por cuanto la sentencia impugnada sostuvo que los nombramientos de controladores que no surgieron del concurso 942/04 revisten carácter transitorio cuando, según expone, ello no surge de las resols. 117-MGGC-07 y 1315-MGGC-07 que los concretaron. También afirma que el fallo resulta arbitrario por buscar apoyo "...en hechos que no se verifican en la realidad..." pues todos los que participaron del procedimiento de selección regulado por el dec. 942/04 aprobaron el concurso sin que exista "...una facultad privativa del Gobierno de la Ciudad para designar agentes sin concurso público de antecedentes". En tal sentido, destaca que los nombramientos producidos por la resol. 1315-MGGC-06, al haber aprovechado en parte el orden de mérito del concurso 942/04 mediante el cual se cubrieron las vacantes inicialmente previstas, "...otorgó nuevos y distintos efectos jurídicos al orden de mérito definitivo del dec. 942/04, mutando los que originalmente tenía, creando derechos a favor de todos los integrantes del orden de mérito en cuestión". A ello agrega que, el llamado a concurso previsto por el dec. 340/07, invocado por el *a quo* como dato que demostraría la regularización dispuesta, por el GCBA, en relación con los nombramientos de controladores, en realidad, "...se encuentra suspendido *sine die* desde el año 2007". En suma, la recurrente sostiene que "...no resulta razonable designar como titulares a 18 concursantes que quedaron en el orden de mérito definitivo como suplentes, y no designar a los otros 17 concursantes que quedaron por debajo de la línea del nº 50 cuando la cantidad de cargos a cubrir supera ampliamente el número de 67 controladores" y que la conducta adoptada a su respecto como integrante del orden de mérito del concurso 942/04 vulnera las previsiones del art. 43 de la CCBA. En otro orden, el recurso postula la arbitrariedad de la sentencia por resultar infundada, en tanto como único respaldo, remite a un precedente en el que se resolvió una medida cautelar vinculada a una

pretensión análoga a la de autos que, según el recurrente, no puede quedar asimilada al análisis que requiere una sentencia definitiva. El rechazo de la demanda aquí cuestionado, a criterio de la actora, lesiona los arts. 14, 14 bis, 16, 18, 28, 43 y 75 inc. 22 de la C.N. así como los arts. 11, 14, 43 y 44 de la CCBA.

3. La Sala I sostuvo, por una parte, que "...la actora manifiesta la vulneración del principio constitucional que garantiza el régimen de empleo público en esta Ciudad a través del ingreso mediante concurso público abierto, argumentos que, en este aspecto, permiten considerar la configuración de un caso constitucional que amerita conceder el recurso" y, por otra, que el recurso debía ser denegado en relación con la arbitrariedad imputada al fallo atacado sin que, en ese aspecto, la recurrente viniera en queja (fs. 222/223).

4. A fs. 230/232 el señor fiscal general adjunto sostuvo que el *a quo,* al rechazar la demanda, hizo propios los argumentos desarrollados por la representante del Ministerio Público ante la Cámara quien, luego de reseñar el marco normativo aplicable señaló que "...lo cierto es que [la actora] obtuvo el orden número sesenta y siete —67— [...] y el art. 31 del dec. 942/04 preveía 'elaborar un listado que incluya (30) titulares y veinte (20) eventuales reemplazantes' (véase anexo I del dec. 942/04 (*BOCBA* 1954), art. 31). Es decir que, en todo caso, los controladores administrativos de faltas serían como máximo cincuenta, no habiéndose acreditado que su posición se hubiese modificado encontrándose entre los primeros cincuenta aspirantes, por renuncias o vacantes. Por último, recuerdo que para acceder en forma definitiva a los cargos determinados en la ley 2128 —hasta cubrir los noventa— se debe participar del concurso regulado por el dec. 340-GCBA-07, no existiendo un régimen legal que determine un derecho de la recurrente a una designación interina. Por el contrario, la actora podrá participar del concurso para la selección de los cargos definitivos" (fs. 185). Por ello, estimó que si bien el recurso "...proclama la afectación de los derechos contenidos en los arts. 16, 17, 28 y 33 de la C.N. y 11, 43 y 44 de la CCBA, no logra establecer la adecuada correspondencia entre esos derechos cuya violación invoca y el contenido de la sentencia, así como la directa afectación de la esfera jurídica de la recurrente como consecuencia de aquella decisión".

5. En la resolución del 17 de marzo del corriente el Tribunal rechazó los planteos formulados por la recurrente mediante el escrito "Hace saber al tribunal. Hecho nuevo. Sanción del dec. 397/09" y los autos quedaron en estado de recibir sentencia.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La recurrente afirma que tiene derecho a ser nombrada como controladora de faltas, porque participó del concurso previsto por el dec. 942/04 y, pese a que no obtuvo un lugar en el orden de mérito apto para acceder a alguna de las vacantes allí

disputadas —treinta en carácter de titular, veinte en carácter suplente—, el hecho de que la Administración, para cubrir los nuevos cargos creados por la ley 2128 que incrementó la planta de controladores a un total de noventa, nombrara (mediante la resol. 1315/06) a los postulantes que en aquel concurso habían obtenido la condición de suplentes, le acordaba la potestad de reclamar su nombramiento. Ello, en tanto, a su criterio, nada permitiría distinguir entre quienes quedaron en posición de ser suplentes y el resto de los que integraron el orden de mérito del concurso en cuestión, como la propia recurrente, ubicada en el puesto sesenta y siete.

Por su parte, el *a quo*, por remisión al dictamen de la fiscal de Cámara y a los argumentos concordantes del precedente "Pouilleux" (agregado a fs. 187/191), interpretó que el procedimiento de selección previsto por el dec. 942/04 quedaba agotado cuando se nombrara a los postulantes que hubieran ocupado los puestos uno a cincuenta, porque era esa la cantidad máxima de cargos a cubrir mediante tal concurso. El pronunciamiento, sostiene que no existe "...un régimen legal que determine un derecho de la recurrente a una designación (...) Por el contrario, la actora podrá participar del concurso para la selección de los cargos definitivos" (fs. 185 y 192). A ese respecto, destacó que los nombramientos posteriores a los del aludido concurso, y el resto de los que fuera necesario formular para cubrir el total de la planta de controladores, estaba sujeto a la realización de un concurso ya convocado por el dec. 340/07; ahora, reemplazado por el dec. 397/09.

2. Aunque la recurrente discrepa con la solución adoptada, sus agravios no muestran por qué los efectos jurídicos atribuidos a la resol. 1315/06 no se limitan, como sostuvo la Sala I, a producir la designación como controladores de quienes obtuvieron cargos suplentes en el concurso del que participó la actora, sin hacer nacer un nuevo derecho a favor de la recurrente que, según nadie controvierte, no integraba ese universo.

En tal contexto, la sentencia impugnada encuentra apoyo, suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales invocadas (arts. 14, 14 bis, 16, 18, 28, 43 y 75 inc. 22 de la C.N. así como los arts. 11, 14, 43 y 44, CCBA), en la interpretación asignada a las normas infraconstitucionales comprometidas (v. gr. 942/04 y resol. 1315-MGGC-06), sin que el recurrente haya demostrado que el *a quo* se apartó de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para fundar sus sentencias.

Ello así, las objeciones esgrimidas en torno al modo en que el futuro concurso operará en relación con los nombramientos efectuados con posterioridad al procedimiento de selección del que participó la accionante, se diluyen frente a la inteligencia otorgada a la normativa infraconstitucional mencionada, ajena a la revisión de este estrado en las condiciones *supra* indicadas, según la cual ella carece del derecho a obtener el nombramiento que pretende.

Por todo lo dicho, tal como sostiene el señor fiscal general en su dictamen, las cláusulas constitucionales invocadas por la recurrente carecen de relación directa con la sentencia impugnada. En consecuencia, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo expresa en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, los planteos esgrimidos por la actora no sólo no logran poner en crisis las conclusiones a las que arribó el tribunal *a quo* en su sentencia —en punto a la inexistencia de norma concreta que habilite a la accionante a requerir por vía judicial su designación como Controladora Administrativa de Faltas—, sino que tampoco resultan hábiles para acreditar la relación directa entre los preceptos constitucionales citados en el recurso y las cuestiones efectivamente decididas en la causa.

En suma, la impugnación objeto de estudio no remite al examen de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, sino a la interpretación de diversas normas infraconstitucionales —como el dec. 942/04 y la resol. 1315-MGGC-06—, cuestión que fuera abordada por los jueces de la causa y con la cual la recurrente discrepa.

Así las cosas, coincido con la solución que propician en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano y en su dictamen el señor fiscal general adjunto (fs. 230/232), por cuanto corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 194/210 vta., con costas.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que dedujera oportunamente María Angélica Siciliano (fs. 194/210 vta.) debe ser rechazado.

2. La Sala I de la Cámara CAyT concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto "…en los términos manifestados en el considerando III…" (fs. 222 vta.) y lo rechazó en cuanto se refiere a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad.

En el apart. III del auto denegatorio, la Cámara puntualizó lo siguiente: "Si bien el escrito recursivo se presenta confuso y ciertamente contradictorio —adviértase que la apelante solicita que se revoque la sentencia de este Tribunal y se confirme la dictada por primera instancia (fs. 207 vta., pto. XII,1., decimoctavo párrafo *in fine* y fs. 209, pto. XII.3., *in fine*), siendo que el decisorio de esta instancia confirmó lo decidido por la instancia de grado—, lo cierto es que a criterio de este Tribunal, exhibe un desarrollo suficientemente preciso de cuestiones constitucionales relacionadas, de manera directa, con el decisorio definitivo y, en tal medida, resultan formalmente idóneos para suscitar la competencia del TSJBA por la vía intentada" (fs. 222 vta.).

3. Coincido con lo señalado por el señor juez de trámite en el sentido de que la recurrente no articula un caso constitucional.

Las cláusulas constitucionales citadas por la impugnante, en el deficiente marco argumental en el que han sido traídas, carecen de vinculación directa con la resolución de la causa y no poseen, por esa razón, aptitud para revertir la sentencia de Cámara.

La circunstancia indicada priva de sustento a la presentación en análisis y determina su rechazo.

El Tribunal ya señaló 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 ("Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

Asimismo, destaco que el auto que concedió el recurso con toda claridad advierte acerca de la confusión y las contradicciones de la recurrente.

4. Por ello, voto por rechazar el recurso que interpusiera María Angélica Siciliano (fs. 194/210 vta.), con costas.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* que los agravios planteados por María Angélica Siciliano no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SANDOVAL, DAMIÁN ALEJANDRO S/INFR. ART(S). 111 CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento del recurso. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF n° 7215/10 - 2/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia resolvió, en lo que aquí importa, suspender el presente proceso a prueba (fs. 23/26), fijando reglas de conducta distintas a las acordadas entre la Fiscalía y la defensa en el acta agregada a fs. 27/28. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó, por mayoría, la resolución recurrida (fs. 13/16). Contra esa decisión el señor fiscal interpuso, ante la Cámara, recurso de inconstitucionalidad (fs. 3/12) que, al ser denegado (fs. 2), motivó la presentación de la queja agregada a fs. 29/34.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, desistió de la queja puesto que "…el recurso de inconstitucionalidad (…) no presenta un caso constitucional que amerite la intervención del Tribunal Superior de Justicia, por cuanto en el presente proceso no hubo una oposición de la fiscal interviniente en primera instancia para que se suspenda el juicio a prueba". Asimismo, manifestó que la resolución que dispuso suspender el proceso a prueba imponiendo pautas de conducta distintas a las acordadas por las partes "…es susceptible de recurso de apelación pero no del de inconstitucionalidad porque no se ha puesto en crisis el ejercicio de la acción" (fs. 38).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los argumentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, y de acuerdo a lo establecido en el art. 29, inc. 3°, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 29/34.

El juez José O. Casás dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

En virtud de lo estipulado en el art. 29, inc. 3°, de la ley 1903, coincido con la jueza de trámite en que corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 29/34.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja agregado a fs. 29/34.

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

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7206/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lavintman, Norberto Jorge s/infr. art(s). 111 CC'"; 7205/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Heide, Martha Sofía s/infr. art(s). 111 CC'"; 7191/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández Balague, Emiliano Sebastián s/infr. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", del 2/6/2010 y n° 7247/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bianchi, María Celia s/infr. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"; 7251/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alborelli Cosulich, Rodolfo s/infr. art(s). 111 CC'"; 7252/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Borda, Luis s/infr. art(s). 113 CC'"; 7255/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Varela, Paula s/infr. art. 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"; 7256/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barril, Yanina Andrea s/infr. art(s). 111 CC'", del 16/6/2010 y 7282/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Garrido, Gustavo Enrique s/infr. art. 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", del 30/6/2010.

CXXXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCAL ANTE LA CÁMARA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'SÁNCHEZ, ATILIO JOSÉ S/INF. ART. 116, CC'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Archivo de actuaciones.

Expte. SAO n° 7308/10 - 4/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El día 20/5/2010, la señora fiscal de Cámara Nº 2 (Unidad Fiscal Sudeste) denunció ante el Tribunal el retardo de justicia en que habría incurrido la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas por no haber resuelto, hasta ese momento, el recurso de apelación interpuesto por el cotitular de la Fiscalía de 1º instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 contra la sentencia absolutoria dictada por el JPCyF n° 11 en el expte. n° 40562/09 caratulado "Sánchez, Atilio José s/inf. art. 116, CC" (fs. 1/3).

El juez de trámite requirió al presidente de la Sala que informara al Tribunal sobre los hechos denunciados (fs. 5, punto II). En la respuesta del 31/5/2010, su vicepresidenta hizo saber que en las actuaciones nº 40562-00/08 caratuladas "Sánchez, Atilio José s/infracción art. 116, CC" se ha dictado sentencia (fs. 12) y acompañó copia certificada de la misma (fs. 7/11).

A fs. 14 obra el informe de la Secretaría de Asuntos Originarios del Tribunal que da cuenta de que se ha verificado, telefónicamente, con la Fiscalía de Cámara, que la diferencia de numeración del expediente mencionado en los párrafos precedentes obedece a un simple error material en el escrito de fs. 1/3, siendo correcta la consignada en el informe de la Sala I.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La sentencia dictada el 19/5/2010 por la alzada dejó sin objeto la queja por denegación y retardo de justicia presentada ante el Tribunal [conf. TSJBA *in re* "GCBA s/queja por retardo de justicia en 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 2554/03, resolución del 9/10/2003; "De Santo, Josefa Rosa y otros s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'De Santo, Josefa Rosa y otros c/GCBA s/amparo (art. 14

CCBA)'", expte. nº 2897/04, resolución del 17/3/2004; "Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia 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 3343/04, resolución del 20/10/2004, entre otros y "Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5773/08, resolución del 27/2/2008].

Sólo corresponde dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de la queja.

Así lo voto.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Nos adherimos al voto del señor juez de trámite.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se comunique al señor presidente de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, con copia de esta resolución.

La jueza Ana María Conde no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXXXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/BLOCKBUSTER S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA: Plazo. Interposición extemporánea.

Expte. SACAyT nº 6855/09 - 8/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA promovió ejecución fiscal contra Blockbuster Argentina S.A. (fs. 3 de los autos principales). Intimada de pago, la ejecutada opuso excepción de pago total documentado (fs. 36/40 vta. de los autos principales). El juzgado de primera instancia hizo lugar a la pretensión fiscal, lo que fue motivo del recurso de apelación agregado a fs. 229 de los autos principales.

2. Contra la sentencia de Cámara que hizo lugar al recurso de apelación de la demandada (fs. 257 de los autos principales), el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. Declarado éste inadmisible, el actor promovió el recurso directo que motiva esta intervención.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja de fs. 1/14 fue interpuesto una vez vencido el plazo del art. 33, ley 402, y debe ser rechazado.

2. En efecto, de la cédula agregada a fs. 295 de los autos principales surge que la representación del GCBA fue notificada de la declaración de inadmisibilidad de su recurso de inconstitucionalidad el día 28/10/2009; y del cargo de fs. 14 que interpuso su recurso directo el 10/11/2009.

3. El plazo de 5 días establecido por el art. 33 de la ley 402, expiró para el caso de autos el día 4/11/2009, 4 días hábiles antes de interpuesta la queja que motiva esta intervención. La presentación podía realizarse oportunamente dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 5/11/2009 (art. 108, CCAyT), plazo de gracia que no fue aprovechado en el caso de autos.

El plazo del art. 33 de la ley 402 es fatal y perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sentencia del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'M., J. L. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal — ing. brutos Convenio Multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 12/7/2007]. Su expiración dejó firme la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

4. En razón de lo expuesto, la interposición tardía de la queja por el GCBA determina su inadmisibilidad.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXXXV

"ACUÑA, MARÍA SOLEDAD C/GCBA Y OTROS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Efectos suspensivos. Hospital público. Plan de reparaciones. Traslado de pacientes. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El juez de primera instancia carece de jurisdicción para revisar las cuestiones acerca de las que versa la sentencia de fondo y, de momento, se encuentra impedido de ejecutarla pues contra la sentencia de segunda instancia ha sido concedido un recurso de inconstitucionalidad, circunstancia que no obsta a que el referido magistrado emita decisiones cautelares destinadas a proteger la posibilidad de cumplimiento para el supuesto de que finalmente la sentencia quede firme en todas o algunas de sus partes (conf. art. 19, ley 2145). *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La orden de presentar un plan de reparaciones y arreglar las falencias constatadas por el informe de la Superintendencia Federal de Bomberos, cuya emisión viene denunciada, no aparece como dirigida a asegurar un posible cumplimiento de la sentencia sino que se aparta de ella y no busca sustento en razones de urgencia impostergable, especialmente en la medida en que la anterior relativa al traslado de las pacientes se lleve a cabo, pues la condena impuesta consistió, entre otras medidas, en ordenar al GCBA la presentación, dentro de los sesenta días de notificada, de un plan tendiente a dotar al Hospital Braulio Moyano de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras, reparaciones y remodelaciones que resultan necesarias, de forma tal que respete la dignidad de las pacientes y garantice su

atención adecuada así como en mandar a implementar medidas destinadas a proveer condiciones de seguridad para las pacientes y el personal de esa institución. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. El debate en torno a la orden de presentar un plan de reparaciones del hospital y arreglar las falencias constatadas por el informe de la Superintendencia Federal de Bomberos, así como disponer la necesidad del traslado de los pacientes y establecer si se le dio adecuado cumplimiento, debe ser sustanciado y resuelto ante el Juzgado de Primera Instancia, a quien corresponde valorar los aspectos de hecho y prueba ajenos, como regla, a la vía intentada (art. 27, LPT), y a este Tribunal sólo corresponde expedirse en el marco del recurso de inconstitucionalidad concedido y evitar el menoscabo de su jurisdicción, restableciendo los efectos suspensivos del recurso, por las vías adecuadas a las circunstancias del caso. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6839/09 - 11/6/2010

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 4101/4103, el GCBA denuncia que "...la resolución del 7/5/2010, contraviene de modo expreso el efecto suspensivo respecto del recurso de inconstitucionalidad en trámite ante este Tribunal Superior". Frente a ello, solicita "...que se suspenda de manera explícita los efectos de la resolución dictada en la primera instancia el día 7 de mayo del corriente...".

2. Ese pronunciamiento ordenaba reanudar los términos para cumplir lo decidido en la resolución del 14/12/2009 en la que, para lo que ahora importa, se había decidido imponer astreintes individuales "...sobre el Sr. Ministro de Salud y del Sr. Director de Recursos Físicos en Salud, en forma personal...". El incumplimiento atribuido al GCBA para justificar la medida mencionada consistía en no haber acatado la siguiente orden cautelar "*1º)* Disponer la clausura preventiva del pabellón Bosch Ala Oeste —Planta Baja y Primer Piso— del Hospital Braulio Moyano, a partir del día 26/5/2009 y hasta tanto reúna las condiciones mínimas de habitabilidad, las que serán ponderadas por la Superintendencia Federal de Bomberos y el señor asesor tutelar, a quienes se les dará intervención previa al eventual levantamiento de la presente medida. *2º)* Ordenar al GCBA que —por conducto del órgano que corresponda— proceda a trasladar a las pacientes alojadas en el citado pabellón. En caso de que resulte inviable su reubicación en otros pabellones del Hospital, proceda a su traslado a otros sistemas distintos de internación y/o lugares de internación, públicos o privados (previa comunicación y autorización expresa del Juzgado Civil que corresponda). *3º)* De todo lo actuado deberá informarse al Tribunal antes del día 27/5/2009 a las 15.00 hs. *4º)* Ordenar al GCBA que —por conducto del órgano que corresponda— presente, en el término de diez días hábiles un plan de

obras destinado a la reparación del pabellón Bosch Oeste, debiendo establecerse: *a)* las obras a realizarse, *b)* el proyecto técnico previsto, *c)* la forma de contratación, *d)* cronograma expreso de los trabajos según el tiempo necesario que se estime para su ejecución, *e)* proceda a arreglar las otras falencias advertidas en el informe de la Superintendencia de Bomberos (cuya copia se adjuntará)...".

3. A su vez, la cautelar aludida había sido dictada con posterioridad al pronunciamiento de Cámara que dispuso, en relación con la sentencia de fondo, "...confirmar en los términos que siguen la sentencia de primera instancia y condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a: *1.* Diseñar un plan tendiente a dotar al Hospital Braulio Moyano de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras, reparaciones y remodelaciones que resultan necesarias, de forma tal que respete la dignidad de las pacientes y garantice su atención adecuada. *2.* Presentar, dentro del plazo de dos meses, un cronograma de las distintas etapas y tareas que insumirá la ejecución del plan. El plazo máximo para su concreción es de dos años a partir de la notificación de este pronunciamiento. *3.* Sin perjuicio de ello, deberá además, en particular: *a)* Presentar un informe, que elaborará el Director del Hospital, acerca de la cantidad de personal que resulta necesario para la correcta atención de las pacientes. Tal informe, así como el plan de acción que el GCBA, determine para la cobertura de los cargos, deberá ser presentado en el expediente en el plazo de treinta días. *b)* Proveer ropa de cama adecuada y suficiente para las pacientes internadas, dentro del plazo de sesenta días. *c)* Implementar las medidas que resulten conducentes para proveer condiciones de seguridad para las pacientes y el personal, dentro del plazo de sesenta días. Al respecto deberá tenerse en cuenta específicamente —sin perjuicio de las demás medidas conducentes— lo ordenado por este tribunal en el pronunciamiento del día 18/7/2008. *d)* Dotar a las pacientes del mobiliario necesario, y a los profesionales de la salud que trabajan en el establecimiento los medios materiales que requieren para el cumplimiento eficiente de su labor, dentro del plazo de sesenta días. *e)* Realizar un censo de las pacientes, dentro del plazo de sesenta días. *II.* Con costas a la apelante vencida (arts. 62, CCAyT, y 17, ley 16.986)". Además, la cautelar en cuestión había sido dispuesta antes de que la alzada concediera el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la sentencia de fondo.

4. El fiscal general en su dictamen propicia "*1.* Que se deje sin efecto el punto 4º) de la parte dispositiva de la resolución dictada en el incidente nº 15.558/6, 'Acuña, María Soledad c/GCBA y otros sobre medida cautelar', con fecha 4/5/2009; como también deje sin efecto la resolución dictada en dicho incidente con fecha 14/12/2009 y la dictada en el incidente nº 15.558/8, 'Acuña, María Soledad c/GCBA y otros sobre medida cautelar', el 4/12/2009.// *2.* Rechace en lo restante el planteo formulado por el GCBA a fs. 4101/4103". Ello, por cuanto, a su criterio, de las reglas que rigen la actuación del TSJBA no surge "...que la concesión de un recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia definitiva lo transforme en juzgador de todas las cuestiones que puedan suscitarse en el caso y, en particular, de las

incidencias que puedan producirse, las cuales deben ser ventiladas por los magistrados de las instancias correspondientes" por tanto "...no se advierte fundamento jurídico alguno que permita sostener que las medidas cautelares que las partes pueden peticionar deben tramitar ante los estrados del Tribunal Superior y, mucho menos, que una vez dictadas sus efectos deban suspenderse por la concesión del recurso de inconstitucionalidad". Sin perjuicio de lo señalado también sostuvo que "...la ejecución de una sentencia definitiva sólo resulta jurídicamente posible, por regla, cuando la misma ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Por tal razón, los recursos contra esas decisiones son concedidos, tal como ocurriera en autos, con efecto suspensivo". En este sentido, las decisiones que el dictamen propicia dejar sin efecto son aquellas que, según allí se indica, "...lejos están de vincularse con garantizar los efectos de la sentencia no firme dictada, sino que importan, directamente, avanzar con su cumplimiento" (fs. 4111/4115).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

A fs. 3915/ 3916 ha sido concedido un recurso de inconstitucionalidad cuyos efectos, que consisten, entre otros, en suspender la ejecutoriedad de la sentencia atacada (argumentos del art. 33 ley 402 y TSJBA 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. n° 4066, sentencia del 19/12/2005) que el apelante denuncia habrían sido desconocidos.

La decisión que pide del Tribunal consiste en refirmar esos efectos suspensivos de modo inmediato, puesto que, de no ser así, quedaría irreparablemente frustrado su derecho a no ver ejecutada la condena antes de que el recurso de inconstitucionalidad sea resuelto. No, en cambio, y no podría serlo, la revisión de las medidas decretadas para cuyo examen dispone de otros remedios procesales que tramitarían en las instancias de mérito.

En el supuesto que nos ocupa, el juez de primera instancia carece de jurisdicción para revisar las cuestiones acerca de las que versa la sentencia de fondo y, de momento, se encuentra impedido de ejecutarla pues contra dicha sentencia de segunda instancia ha sido concedido un recurso de inconstitucionalidad. Empero, ello no obsta a que el referido magistrado emita decisiones cautelares destinadas a proteger la posibilidad de cumplimiento para el supuesto de que finalmente la sentencia quede firme en todas o algunas de sus partes (conf. art. 19, ley 2145).

A la luz de estos principios corresponde analizar la situación denunciada. El auto que corre a fs. 3982/ 3985 (transcripto en el punto 2 de los resulta) contiene disposiciones que constituyen respuesta a situaciones constatadas con posterioridad a la emisión de la sentencia y que indican que se busca conjurar un peligro inminente, a saber, la que dispone trasladar pacientes. En cambio, la orden de presentar un plan de reparaciones y arreglar las falencias constatadas por el informe de la

Superintendencia Federal de Bomberos, cuya emisión viene denunciada, no aparece como dirigida a asegurar un posible cumplimiento de la sentencia sino que se aparta de ella y no busca sustento en razones de urgencia impostergable, especialmente en la medida en que la anterior relativa al traslado de las pacientes se lleve a cabo. Ello así, toda vez que la condena impuesta al demandado consistió, entre otras medidas, en ordenar al GCBA la presentación, dentro de los sesenta días de notificada, de un "...plan tendiente a dotar al Hospital Braulio Moyano de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras, reparaciones y remodelaciones que resultan necesarias, de forma tal que respete la dignidad de las pacientes y garantice su atención adecuada" así como en mandar a implementar medidas destinadas a proveer condiciones de seguridad para las pacientes y el personal de esa institución (véase transcripción punto 3 de los resultas). Sin que quepa establecer aquí el exacto alcance de dicha sentencia, cualquier interpretación posible supone un margen de discrecionalidad para proponer una variedad de soluciones que pueden convertir una obra como la impuesta cautelarmente en inútil, contraproducente o conllevar la necesidad de optar, entre los planes posibilitados por la condena, por uno que la recurrente podría legítimamente desechar.

Finalmente, la medida consistente en clausurar el pabellón tampoco tendría relación con la protección de la condena si la orden cautelar de traslado de las pacientes allí ubicadas hubiera sido debidamente cumplida asignándoles destino en instalaciones adecuadas.

De cualquier modo, el debate en torno a tales cuestiones, así como disponer la necesidad del traslado y establecer si se le dio adecuado cumplimiento, debe ser sustanciado y resuelto ante el Juzgado de Primera Instancia, a quien corresponde valorar los aspectos de hecho y prueba ajenos, como regla, a la vía intentada (art. 27, LPT). A este Tribunal sólo corresponde expedirse en el marco del recurso de inconstitucionalidad concedido y evitar el menoscabo de su jurisdicción, restableciendo los efectos suspensivos del recurso, por las vías adecuadas a las circunstancias del caso.

En síntesis, en el supuesto que nos ocupa, las razones que asistirían a este Tribunal para proteger el ejercicio de su jurisdicción son similares a las que permiten a los jueces de mérito dictar medidas destinadas a proteger la utilidad de la sentencia que les fue encomendado emitir y, como regla, les corresponderá ejecutar. Ello, claro, sin perder de vista que la jurisdicción de este Tribunal para atender la denuncia que nos ocupa se asienta en su condición de máximo órgano judicial de la jurisdicción y único creado en la CCBA, por lo que le son inherentes los poderes necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos.

En consecuencia, de conformidad con lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general, voto por rechazar el planteo del GCBA en cuanto implica revisar la resolución dictada el día 7 de mayo del corriente y, en virtud de todo lo dicho y del efecto suspensivo propio del recurso de inconstitucionalidad concedido, ordenar que por la instancia de mérito se ajusten las decisiones en juego a lo aquí dispuesto.

Por ello, de conformidad con lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el planteo del GCBA en cuanto implica revisar la resolución dictada el día 7 de mayo del corriente por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 12 y, en virtud del efecto suspensivo propio del recurso de inconstitucionalidad concedido, ordenar que por la instancia de mérito se ajusten las decisiones en juego a lo aquí dispuesto.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se comunique al Juzgado mencionado.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

CXXXVI

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GARCÍA IBAR, FRANCISCO JAVIER S/INFR. ART. 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Caso constitucional. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación. Suspensión del proceso contravencional a prueba. Oposición del fiscal. Resolución equiparable a sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. El Ministerio Público Fiscal está legitimado para interponer tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad conforme las previsiones del art. 33 de la LPT y 53 de la ley 12, modificado por la ley 3382, regulación que, por su carácter procesal, resulta de aplicación inmediata. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto porque la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que confirmó la suspensión del juicio a prueba pese a la oposición del fiscal, y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Dada la nueva redacción del art. 53 de la ley 12 (reformada por ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010) que concede a "las partes" la posibilidad de interponer los recursos de los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad la decisión de la Cámara que confirmó la suspensión del juicio a prueba y, derivado de ello, para interponer la presente queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La argumentación del recurrente resulta suficiente para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que confirmó la suspensión del juicio a prueba pese a la oposición del fiscal, pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Con el efecto suspensivo del recurso de queja, se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF n° 7196/10 - 11/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpone queja (fs. 63/70) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 2/6). Este remedio procesal ataca la decisión de la Sala I que, en lo que aquí importa, confirmó la suspensión del juicio a prueba decidida en primera instancia, pese a la oposición del fiscal.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantiene el recurso deducido y propicia que el TSJBA haga lugar a la queja, trate el recurso de inconstitucionalidad y que, oportunamente, declare la nulidad de las decisiones cuestionadas a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 74/80).

Asimismo, solicita que "...se conceda el efecto suspensivo del recurso de queja interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, a fin de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido…".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad fueron presentados por quien está legitimado para hacerlo y dentro del plazo pertinente, conforme las previsiones del art. 33 de la LPT y 53 de la ley 12, modificado por la ley 3382, regulación que, por su carácter procesal, resulta de aplicación inmediata (véase mi voto en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111 CC'", expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010).

Establecido lo anterior, entiendo que corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto. Ello así, porque, a mi juicio, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita (véanse mis votos en "Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del 3/12/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009).

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, considero apropiado afirmar que dada la nueva redacción del art. 53 de la ley 12 (reformada por ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010) que concede a "las partes" la posibilidad de interponer los recursos de los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad la decisión de la Cámara de Apelaciones cuestionada en autos, dictada el 19/2/2010 y notificada el día 23/2/2010, y, derivado de ello, para interponer la presente queja (conf. doctrina expuesta *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art. 111 CC'", expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010, y sus citas).

2. En cuanto a la solicitud efectuada por el señor fiscal general adjunto (véase punto 2, párr. 2º, del resulta) entiendo que la argumentación del recurrente resulta

suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA— (conf., en lo pertinente, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/infr. art. 189 bis C.P., portación de arma de fuego de uso civil —apelación—'", expte. nº 6821/09, resolución del 4/12/2009).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Si bien el efecto suspensivo peticionado por el fiscal general adjunto tiene naturaleza excepcional y debe ser aplicado con carácter restrictivo, en el caso aparecen discutidas potestades que, *en principio*, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo dicho por este Tribunal en el precedente "Lucía" (18/5/2009), potestades cuyo eventual desconocimiento, *prima facie* denunciado, podría ameritar una resolución favorable al interés representado por el solicitante. Con el efecto suspensivo que aquí se decide, tal como sucediera en materia penal en la causa "Estigarribia" (4/12/2009), se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente a la Fiscalía General y a la Defensoría General y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 10, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7197/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tsitso, Lucas Leonardo s/infr. art. 111, CC'"; nº 7211/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gallardo, Víctor Ismael s/infr. art(s). 111 CC'"; y nº 7238/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Jiménez, Juan Alberto s/infr. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", también del 11/6/2010.

CXXXVII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ROMERO, GUSTAVO FACUNDO S/INFR. ART(S). 189 BIS C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Caso constitucional. Suspensión del proceso penal a prueba. Oposición del fiscal. Resolución equiparable a sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. La argumentación del recurrente resulta suficiente para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que confirmó la suspensión del juicio a prueba pese a la oposición del fiscal, pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto porque la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Cámara que confirmó la suspensión del juicio a prueba pese a la oposición del fiscal, y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Con el efecto suspensivo del recurso de queja, se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que,

una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de las cuestiones planteadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF nº 7169/10 - 11/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso recurso de queja (fs. 37/45) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/3). Este remedio procesal ataca la decisión de la Sala II que confirmó la suspensión del proceso a prueba decidida, en primera instancia y pese a la oposición de la Fiscalía, a favor del Sr. Claudio Eduardo Velázquez.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recurso deducido y propició que el TSJBA hiciera lugar a la queja y tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado y que, oportunamente, declarara la nulidad de las decisiones cuestionadas a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 52/58).

Asimismo, solicitó que "...se conceda el efecto suspensivo del recurso de queja interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, a fin de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido…".

La petición reseñada en el párrafo anterior fue puesta a consideración del Tribunal (fs. 59).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCBA) (conf., entre otros, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Velázquez, Claudio Eduardo s/infr. art(s). 189 bis, CP'", expte. nº 7155/10, resolución del 19/5/2010).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita. Ello así, porque entiendo que la Fiscalía ha invocado razones suficientes (fundadas en el sistema acusatorio, conf. art. 13, inc. 3º, CCBA y en el art. 125, CCBA) para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita (conf., *mutatis mutandi*, mis votos en: "Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81 CC, oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del 3/12/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009).

La jueza Ana María Conde dijo:

Acompaño la solución propuesta por mis colegas preopinantes, José O. Casás y Luis Lozano. Como lo sostuve recientemente en los casos "Estigarribia" (4/12/2009), "Rodrigo" (28/12/2009) y "Velázquez" (19/5/2010) con el efecto suspensivo que se resuelve en esta oportunidad se pretende impedir que el imputado cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período acordado para la suspensión del juicio a prueba, se dicte una resolución que declare extinguida esta acción y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de las cuestiones planteadas.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente a la Fiscalía General y a la Defensoría General y se libre oficio dirigido a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera

Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 9, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

CXXXVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OTEIZA, ÁNGEL MATÍAS Y OTROS C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES.

SUMARIO:

1. La actividad de los profesionales en segunda o ulteriores instancias, a los fines arancelarios, se rige por el art. 14 de la ley 21.839, de conformidad con el cual se regula del 25 al 35 % de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia, teniendo presente las pautas establecidas por el art. 6º de la citada ley. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6493/09 - 16/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Jorge Antonio Bahillo, letrado patrocinante de los Sres. Ángel Matías Oteiza y Agustina Oteiza, solicita —dada la forma en que fueron resueltos los recursos interpuestos por la demandada— que este Tribunal se expida en relación a la imposición de costas, imponiéndolas a la vencida. Pide, también, que se regule sus honorarios por la labor desarrollada ante estos estrados (fs. 67).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

1. En atención a que el Tribunal, previo a resolver el recurso de queja presentado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), dispuso la sustanciación —con la parte actora— del recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA (fs. 46, punto 1), que dicho traslado fue contestado a fs. 51/53 vta. y que, en definitiva, éste fue desestimado al rechazarse la

queja, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las costas ante el pedido expreso efectuado de la parte actora.

En este sentido, teniendo en cuenta que no se advierte que medien circunstancias que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota, las costas del recurso de inconstitucionalidad deberán ser soportadas por el GCBA (art. 62, CCAyT).

2. Ahora bien, decidido este punto, toca regular los honorarios del abogado Jorge Antonio Bahillo, en su carácter de letrado patrocinante de los actores.

Cabe señalar, a este respecto, que la actividad de los profesionales en segunda o ulteriores instancias, a los fines arancelarios, se rige por el art. 14 de la ley 21.839: "se regulará (...) del 25 al 35 % de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia", teniendo presente las pautas establecidas por el art. 6º de la ley 21.839. Por regla la regulación firme de primera instancia sirve como base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores, máxime cuando el peticionante no ha solicitado apartarse de la regulación que fuera practicada por el juez de grado, con sustento en los arts. 6º, 7º, 8º, 19, 37 y 38 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432 y que ascendiera a la suma de $ 500 (fs. 30/32).

La regulación ahora peticionada se ciñe a la actuación profesional correspondiente a la contestación del recurso de inconstitucionalidad articulado por la demandada (fs. 51/53 vta.). Y la lectura del escrito objeto de regulación demuestra que el letrado planteó ciertos reparos a la viabilidad del recurso que fueron, parcialmente, admitidos por el Tribunal (ausencia de cuestión constitucional). Desde esa perspectiva la actividad desplegada fue eficaz para la defensa del derecho de sus poderdantes.

En suma, teniendo en cuenta la labor realizada estimamos razonable y acorde a la pauta legal, establecer los honorarios del Dr. Jorge Antonio Bahillo por su intervención en la contestación del recurso de inconstitucionalidad en la suma de $ 150 (pesos ciento cincuenta), equivalente al 30 % de lo regulado en primera instancia (art. 14 ya citado). A la suma regulada deberá adicionarse el I.V.A., si correspondiere.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Regular* en la suma de $ 150 (pesos ciento cincuenta) los honorarios del abogado Dr. Jorge Antonio Bahillo, con más el I.V.A., si correspondiere, por su intervención en la contestación del recurso de inconstitucionalidad.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 62, punto 2.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXXXIX

"MAVRICH, MÓNICA LAURA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAVRICH, MÓNICA LAURA Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. SENTENCIA DEFINITIVA: Pronunciamiento equiparable. Cuestiones de hecho y prueba. Caso constitucional.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento del Tribunal Superior de la causa que se impugna en el recurso de queja resulta equiparable a una sentencia definitiva, en tanto cierra definitivamente el debate sobre el fondo de la cuestión debatida en estas actuaciones —al haber declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de primera instancia que rechazó su demanda—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. El recurso de queja interpuesto no puede prosperar, puesto que los agravios que despliega la parte actora no logran rebatir los argumentos en que se basó la Cámara para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, particularmente lo referido a la falta de acreditación de un genuino caso constitucional (exigencia establecida por el art. 113, inc. 3º, CCBA para el andamiento del recurso extraordinario local). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación son de índole procesal, se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Más allá de su acierto o error, el decisorio de la Cámara no excede el límite de las facultades que le son propias y exhibe fundamentos de orden procesal que bastan para sustentarlo; y si bien la parte recurrente discrepa con lo resuelto, no rebate puntualmente los desarrollos expresados por el tribunal *a quo* ni logra demostrar que el pronunciamiento de la Sala I haya incurrido en arbitrariedad o en un injustificado rigor formal incompatible con su derecho de defensa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. 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". *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Corresponde admitir el recurso de queja, porque dirige una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, el que debe ser rechazado por improcedente ante la ausencia de un caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6858/09 - 16/6/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mónica Laura Mavrich, Gabriela Mariana Casanova, Ana Sosa, Silvia Marcela Szkaluba Jontade, Mario José Guarneri, Laura Villalba, Alfredo Claudio Costagliola y Domingo Francisco Lerullo promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) por el cobro de diferencias salariales resultantes —a su criterio— de la omisión arbitraria e ilegal de éste de liquidar sus haberes conforme a su nueva situación de revista, reconocida en diversas disposiciones de la Dirección General de Administración de Recursos Humanos. Asimismo, solicitaron que se ordenase a la demandada reencasillarlos en el "cargo/nivel" que les correspondiere por la nueva función y antigüedad en el cargo (fs. 1/10 vta., autos principales).

2. La jueza de primera instancia rechazó la demanda interpuesta, con costas (fs. 393/397, autos principales).

3. Contra la sentencia dictada se alzó la parte actora (fs. 398 y fs. 412/416 vta., autos principales).

Centró sus objeciones en que: *i)* el objeto de la demanda no coincidía con el señalado por la jueza de grado; *ii)* la Administración a través de las disposiciones que obran a fs. 66/81 de los autos principales había asumido la obligación de abonar las sumas devengadas como consecuencia de la nueva situación de revista; *iii)* la jueza de grado soslayó la doctrina de los actos propios y "el respeto de los derechos adquiridos en la garantía constitucional del derecho de propiedad"; *iv)* el incumplimiento de las disposiciones dictadas importaba un enriquecimiento sin causa de la Administración y la afectación del derecho de igualdad de los agentes públicos, desigualdad que surgía de las propias disposiciones y de lo informado por la Dirección General de Recursos Humanos; *v)* la jueza de grado omitió "entender sobre el pedido de inconstitucionalidad" formulado por su parte; *vi)* no pudo considerarse al dec. 670/92 como de "objeto vencido", toda vez que éste se encontraba incluido en el plexo normativo del SIMUPA, lo reglamentaba y había sido "…utilizado en la Administración Pública de la Ciudad, como el decreto reglamentario para los encasillamientos de los agentes, en diversos normativas de distintos rangos..."; *vii)* hacía más de quince años que los agentes municipales tenían vedado su derecho a la carrera, dado que la Administración había omitido a esa fecha el llamado a concursos y los actores no solicitaron la realización de tales concursos, pues mediante las disposiciones —en las que fundaron su reclamo— la Administración se obligaba a liquidar sus haberes conforme a su nueva situación de revista; y *viii)* los informes producidos por la Administración daban cuenta de que a los actores les hubiera correspondido en todos los casos un nivel y grado mayores.

4. Una vez contestados por el GCBA los agravios planteados por la parte actora (fs. 418/423 vta., autos principales), la Sala I de la Cámara CAyT declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora e impuso las costas a la apelante vencida (fs. 428/429, autos principales).

A este respecto, consideró que "… la presentación examinada a fs. 412/416 no constituye una crítica concreta y razonada de lo resuelto por la señora jueza de primer grado, toda vez que la parte apelante se ha limitado a disentir con sus conclusiones, pero sin desplegar un desarrollo crítico que ponga en evidencia los aspectos del decisorio recurrido que considera equivocados…" .

5. La parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 438/445 vta., autos principales). Sostuvo que la sentencia recurrida afectaba el derecho de defensa en juicio de su parte dado que, al considerar desierto el recurso, "…desconoció que del contenido de la presentación surgían con claridad suficientes los adecuados términos de los agravios de la sentencia de grado…". Asimismo, reiteró las impugnaciones formuladas contra la sentencia de primera instancia y señaló que en autos se controvertía la interpretación, alcance y aplicación del art. 43 de la CCBA y de los arts. 14 bis, 16, 17 y 18 de la C.N. Por último, adujo que la decisión objetada resultaba arbitraria e infringía el principio de congruencia, en tanto había omitido analizar la especial situación de autos.

6. Previo traslado al GCBA del recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte actora —que fue contestado a fs. 450/453 vta., autos principales—, la Cámara decidió no concederlo.

Arribó a tal conclusión tras apuntar que los extremos para considerar configurada la causal de arbitrariedad invocada por la parte actora no se encontraban reunidos en el caso. Sostuvo que en el *sub examine* no se ponía en debate directamente ninguna cuestión constitucional y que, por su parte, la actora no se había hecho cargo de refutar lo que la sentencia recurrida le señalara respecto de la violación al derecho de igualdad ante la ley. En este punto, acotó que "…no ha demostrado la existencia de otros casos en los que se cumpla la situación que ella denuncia, carga probatoria imprescindible para permitir que se efectúe la comparación entre dos o más situaciones que ineludiblemente debe realizarse cuando se invoca la noción de igualdad. La recurrente insiste en invocar la igualdad pero no señala en relación con quién". Finalmente expresó que el pronunciamiento impugnado, en tanto se limitaba a declarar desierto el recurso de apelación intentado por la actora y a confirmar la sentencia de primera instancia que rechazaba la pretensión incoada, resultaba —por tratarse de cuestiones de índole procesal— ajeno al remedio extraordinario deducido.

7. La actora interpuso, entonces, la presente queja (fs. 24/33 vta.).

Argumentó que el pronunciamiento recurrido lesionaba el derecho a la igualdad ante la ley —al establecer diferencias injustificadas entre personas que se encontraban en idénticas circunstancias—; el derecho de propiedad —al negar

derechos adquiridos— y la garantía al debido proceso —al prescindir de las constancias de la causa y de los argumentos expuestos por su parte—. Como consecuencia de tales afectaciones, señaló que existía arbitrariedad fáctica y normativa. Sostuvo, además, que la sentencia que rechazó su recurso de inconstitucionalidad no podía ser calificada de "fundada", desde que intentaba subsanar la ausencia de argumentos al entrar a analizar situaciones de la causa omitidas en la sentencia que declaró desierto su recurso de apelación —en particular, respecto del planteo de violación al derecho de igualdad aducido por su parte—. Reiteró, a los fines de acreditar la desigualdad que invocara, lo dicho en presentaciones anteriores. Esgrimió que la sentencia cuestionada afirmaba que no se había logrado exponer un caso constitucional pero no daba razones de tal aseveración. Puntualizó que las normas constitucionales involucradas en el caso eran el "…arts. 14 bis, 16, 17, C.N.; 23.2, DUDH; art. 7°, PIDESC; art. 17.2, DUDH; art. 21, CADH, fundamento 7; arts. 10, 11 y, por último, art. 43, CCBA…".

8. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por considerar que no se había logrado demostrar la existencia de un caso constitucional (fs. 40/42).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La presentación directa obrante a fs. 24/33 fue deducida en tiempo oportuno.

Por su parte, el pronunciamiento del tribunal superior de la causa que se pretende traer a conocimiento de este estrado resulta equiparable a una sentencia definitiva, en tanto cierra definitivamente el debate sobre el fondo de la cuestión debatida en estas actuaciones —al haber declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de primera instancia que rechazó su demanda—. En este sentido, cabe recordar que inveteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que: "el hecho de no haberse sustanciado la segunda instancia, en virtud de haberse declarado la deserción del recurso de apelación, no priva a la respectiva Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48" (*in re* "Carlos A. Palacio v. Augusto C. Trouillet" —*Fallos*, 261:420—, sentencia del 17/5/1965, entre muchos otros).

Sin perjuicio de ello, la queja interpuesta no podrá prosperar. Ello así, puesto que, en mi concepto, los agravios que despliega la parte actora no logran rebatir los argumentos en que se basó la Cámara para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, particularmente lo referido a la falta de acreditación de un genuino caso constitucional (exigencia establecida por el art. 113, inc. 3º, CCBA para el andamiento del recurso extraordinario local).

2. En este punto, la parte se limita a señalar que la alzada omitió exponer las razones por las que a su entender no se encontraba configurado un caso cons-

titucional (fs. 32 vta.). Sin embargo, se advierte que, para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Cámara tuvo en cuenta, entre otras cosas, que los agravios esgrimidos remitían a asuntos de índole procesal, a la valoración de las disposiciones administrativas en las que la actora sustentaba su derecho y a la interpretación de ciertas reglas infraconstitucionales —decs. 3544/91 y 670/92—; cuestiones que resultaban ajenas a la instancia extraordinaria. También sostuvo que las expresiones esgrimidas por la parte tendientes a tachar la sentencia de arbitraria tampoco habilitaban la vía intentada. Así las cosas, la falta de crítica concreta en este sentido bastaría para sellar de manera adversa la suerte de la queja articulada.

3. Por su parte, los planteos propuestos, a pesar de las citas de diversas disposiciones de jerarquía constitucional que contiene el remedio intentado ("…arts. 14 bis, 16, 17, C.N.; 23.2, DUDH; art. 7°, PIDESC; art. 17.2 DUDH; art. 21, CADH, fundamento 7; arts. 10, 11 y, por último, art. 43, CCBA…"), sólo traducen una discrepancia con la sentencia de la Sala I que *declaró desierto* su recurso de apelación, al considerar que la mencionada pieza recursiva no contenía una crítica concreta y razonada de lo decidido por el señor juez de grado —rechazo de la demanda incoada por los actores.

Por lo demás, bajo la cobertura formal de atacar la decisión de la Cámara que *declaró desierto* el recurso de apelación —y que por esta razón no ingresó al tratamiento de los argumentos vinculados a la pretensión de fondo—, la parte recurrente aprovecha la oportunidad para controvertir nuevamente la sentencia de primera instancia. Ello acarrea para el caso una confusión sobre el objeto del recurso, pues los distintos fundamentos que sustentaron el rechazo de la acción, en realidad, no llegaron a ser tratados por el Tribunal Superior de la causa (la Cámara). Ante esa situación, la crítica en el recurso de inconstitucionalidad debió dirigirse a demostrar agravios de naturaleza constitucional emergentes de la declaración de deserción de su recurso de apelación, lo que no fue cumplido; mas no a reiterar los que —sostiene— le ocasionó la sentencia de primera instancia.

4. Así las cosas, cabe recordar —al igual que lo hizo el *a quo* en la sentencia objeto ahora de queja— que las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación son de *índole procesal*, se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad. Además téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en igual sentido, ha dejado sentado en numerosos precedentes que "lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario (conf. *in re* 'Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina —Poder Judicial de la Nación—', sentencia del 7/12/1988, *Fallos,* 311:2629; véase idéntica doctrina en *Fallos,* 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

Desde esta perspectiva, más allá de su acierto o error, el decisorio de la Cámara no excede el límite de las facultades que le son propias y exhibe fundamentos de orden procesal que bastan para sustentarlo; y si bien la parte recurrente discrepa con lo resuelto, no rebate puntualmente los desarrollos expresados por el tribunal *a quo* ni logra demostrar que el pronunciamiento de la Sala I haya incurrido en arbitrariedad o en un injustificado rigor formal incompatible con su derecho de defensa.

En suma, la queja no logra conectar el agravio que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional; esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *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. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005).

Como este Tribunal ha dicho con anterioridad, 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" (conf. este Tribunal *in re* "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, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 24/33 vta.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Sin embargo, por las razones expuestas por mi colega, el juez José O. Casás, el recurso de inconstitucionalidad carece de fundamentos adecuados para abrir la vía extraordinaria ante el Tribunal y excede su competencia.

La recurrente se agravia porque la sentencia definitiva dictada en primera instancia no fue revisada por la Cámara, que denegó la apelación.

Comparto, como dije, las razones expuestas por el juez de trámite al rechazar la queja porque muestra la ausencia de un caso constitucional.

En consecuencia, voto por declarar admisible la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por Mónica Laura Mavrich, Gabriela Mariana Casanova, Ana Sosa, Silvia Marcela Szkaluba Jontade, Mario José Guarneri, Laura Villalba, Alfredo Claudio Costagliola y Domingo Francisco Ierullo, no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

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

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXL

"AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. S/INFR. ART. 2.2.14 —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado, pues no logra desvirtuar los argumentos dados por la Sala I en el auto denegatorio, en cuanto allí se sostiene que el recurso de inconstitucionalidad no consigue plantear un caso constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. 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 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El agravio planteado en el caso a raíz del alegado "inapropiado análisis de la situación" en razón de la ausencia de producción y valoración de ciertos elementos de prueba a partir de los cuales se podría haber demostrado que la firma imputada contaba con el permiso vigente para efectuar las tareas a su cargo no configura una cuestión constitucional, toda vez que remite, en definitiva, pura y exclusivamente a la determinación de los hechos y la valoración de la prueba producida durante el debate. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. En el recurso de queja se ha omitido en todo momento plantear argumentadamente la inconstitucionalidad de las normas aplicadas al caso para determinar el monto de las sanciones impuestas y tampoco se ha ocupado de contradecir las afirmaciones que llevaron a los jueces de la Cámara de Apelaciones a declarar mal concedido su recurso de apelación en torno al punto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La cuestión relacionada con el monto de la sanción impuesta al actor no plantea un caso constitucional, pues ella remite a un aspecto del proceso privativo de las instancias de mérito, al menos por regla, vinculado a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho local infraconstitucional que los magistrados intervinientes han realizado en el ámbito de su incumbencia y el recurrente no ha intentado vincular las sanciones efectivamente impuestas en el caso con la afectación de las garantías que sólo menciona. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. La discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, y es oportuno tener presente que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 6751/09 - 16/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 29 resolvió, con fecha 12/5/2009, en lo que aquí importa, condenar a Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (en adelante AySA) a la sanción de multa de 1.380.000 unidades fijas (equivalente a $ 1.380.000) de cumplimiento efectivo, por la comisión de diversas infracciones a la ley 451 (detalladas a fs. 99/100).

Apelada dicha resolución por la defensa, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas declaró mal concedido el recurso de apelación en relación a determinados agravios y, en lo demás, confirmó la sentencia recurrida (fs. 6/11).

2. Contra la decisión de la Cámara, AySA interpuso recurso de inconstitucionalidad por entender que la resolución atacada resultaba arbitraria, configuraba un caso de exceso ritual manifiesto y, por lo tanto, lesionaba la garantía de debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el de propiedad.

Al momento de desarrollar sus motivos de agravio, la apoderada de AySA sostuvo que la Cámara no consideró las defensas expuestas oportunamente. Indicó que no tuvo posibilidad de desvirtuar las infracciones imputadas porque se impuso a "[su] mandante prueba negativa, luego de privarlo injustificadamente de la única prueba que podría haber demostrado que otra empresa había trabajado en el lugar" (fs. 21). Agregó también que, en tanto las actas de infracción no contienen la calificación de los hechos imputados, se vio imposibilitada de ejercer su defensa y, en su caso, de elegir la vía del pago voluntario. Por último, respecto de la lesión al derecho de propiedad, AySA sostuvo que el monto de la sanción es desproporcionado y confiscatorio "…si se tiene en cuenta la entidad de la falta cometida" (fs. 18).

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la defensa no presentó un caso constitucional, sino que, por el contrario, sólo expresó su discrepancia con la valoración de cuestiones de hecho y prueba y con la interpretación de normas infraconstitucionales (fs. 28/33). Ante la denegatoria, AySA interpuso el recurso de queja que está agregado a fs. 34/47.

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista requerida, indicó que la queja carece de una crítica del auto que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad y, por otra parte, que ésta no plantea un caso constitucional. Por esa razón, propició el rechazo de la queja (fs. 111/113).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo y forma, la queja presentada por AySA debe ser rechazada, pues no logra desvirtuar los argumentos dados por la Sala I en el auto denegatorio, en cuanto allí se sostiene que el recurso de inconstitucionalidad no consigue plantear un caso constitucional.

2. AySA, en la queja presentada, no alcanza a realizar una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, al que sólo se refiere genéricamente, sustentándose en una mera discrepancia con la decisión del tribunal *a quo* (art. 34). En síntesis, el presentante se ha limitado a afirmar que la decisión que motiva su queja ha negado su derecho a recurrir la sentencia emitida por la segunda instancia, para luego realizar una reiteración textual de las afirmaciones efectuadas en su recurso de inconstitucionalidad. 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, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 60 y ss.*;* "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).

3. De todos modos, como se verá, aun si se dejara de lado la escueta fundamentación de la queja, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, puesto que AySA sólo ha efectuado invocaciones genéricas de preceptos y principios constitucionales que no resultan suficientes para motivar la intervención de esta instancia. En este sentido, este Tribunal ha dicho en reiteradas ocasiones que "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 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., entre otros, "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, t. II, pp. 20 y ss.).

4. El agravio planteado en el caso a raíz del alegado "inapropiado análisis de la situación" en razón de la ausencia de producción y valoración de ciertos elementos de prueba a partir de los cuales se podría haber demostrado que la firma imputada contaba con el permiso vigente para efectuar las tareas a su cargo (véase fs. 36 vta./38 vta.) no configura una cuestión constitucional, toda vez que remite, en definitiva, pura y exclusivamente a la determinación de los hechos y la valoración de la prueba producida durante el debate.

Al respecto debe advertirse que contrariamente a lo afirmado en el recurso de hecho (fs. 42 vta.) la jueza de primera instancia hizo lugar a la producción de toda la prueba solicitada por la defensa y los documentos que resultaron, en consecuencia, incorporados al juicio fueron suficientemente valorados en la sentencia. Incluso, a raíz de aquella valoración, la firma AySA resultó absuelta de varias de las

imputaciones que se le habían formulado (fs. 107/108 y 197 vta./211 de los autos principales). Ello descarta cualquier relación entre las garantías invocadas por la defensa y las decisiones de mérito cuestionadas.

El recurrente tampoco ha logrado configurar una cuestión constitucional cuando afirma, sin mayores explicaciones, que en el caso se ha impuesto a su mandante la producción de "prueba negativa" (fs. 36 y 42 vta.) pues, tal como lo afirmara la alzada al denegar su recurso, la cuestión del valor probatorio que la ley otorga a las actas de comprobación de faltas ha quedado reducida, en el caso, a la interpretación del art. 5º de la ley 1217, disposición cuya constitucionalidad no se ha cuestionado concretamente.

De acuerdo a lo expuesto, resulta aplicable al caso la constante jurisprudencia en la que se ha expresado que, al menos por regla, este Tribunal no resulta competente para interpretar normas de derecho local infraconstitucional o valorar los elementos de prueba acumulados durante el trámite de una causa y, si bien la defensa puede disentir con los argumentos expuestos por los jueces de mérito, su mera discrepancia es insuficiente para habilitar la intervención de este Tribunal por la vía elegida.

5. La empresa imputada tampoco logra rebatir las razones que dio el *a quo* para rechazar su planteo en torno a la ausencia de especificación, en las actas labradas, de las normas del régimen de faltas local supuestamente infringidas por AySA (fs. 10/10 vta.).

La recurrente no ha expuesto concretamente en su presentación la vinculación de las garantías invocadas —el principio *nullum pena sine legem (sic)* (fs. 39 vta.) y el derecho de defensa en juicio— con la omisión de los inspectores que actuaron en el caso de consignar en las actas labradas las normas presuntamente infringidas (art. 3°, c, ley 1217). En ese sentido, la parte recurrente no ha realizado esfuerzo alguno por controvertir los argumentos expuestos por los jueces de mérito en respuesta a sus agravios (fs. 86 vta. y 10 vta.) y pretende reeditar ante este Tribunal una discusión que gira en torno a la interpretación de normas de rango infraconstitucional y la valoración de circunstancias de hecho y prueba, ajena a la competencia de este Tribunal.

6. Por último, la recurrente manifiesta que el monto de la sanción que le fue impuesta lesiona el derecho de propiedad resultando "…arbitrario, desmedido, desproporcionado y confiscatorio" teniendo en cuenta la entidad de las faltas cometidas. Asimismo, AySA manifiesta que "…podrían haberse tipificado estas multas en otros cuerpos legales que establezcan montos más acordes y proporcionados con el tipo o tenor de infracción cometida" (fs. 18). Sin embargo, como bien sostuvo la Cámara al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 32), la recurrente ha omitido en todo momento plantear argumentadamente la inconstitucionalidad de las normas aplicadas al caso para determinar el monto de las sanciones impuestas y tampoco se ha ocupado de contradecir las afirmaciones que llevaron a los jueces

de la Cámara de Apelaciones a declarar mal concedido su recurso de apelación en torno al punto (véase fs. 9).

No se advierte en esta cuestión caso constitucional alguno, pues ella remite —nuevamente— a un aspecto del proceso privativo de las instancias de mérito, al menos por regla, vinculado a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho local infraconstitucional que los magistrados intervinientes han realizado en el ámbito de su incumbencia y el recurrente no ha intentado vincular las sanciones efectivamente impuestas en el caso con la afectación de las garantías que sólo menciona.

7. Cabe agregar que lo expuesto en los puntos precedentes descarta también la viabilidad de la genérica tacha de arbitrariedad en la que la defensa ha pretendido englobar sus agravios (véase fs. 40/46). En este sentido, basta recordar que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "(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 tiende 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*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de queja obrante a fs. 34/47 y dar por perdido el depósito efectuado en cumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 34 de la ley 402 (fs. 48).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja que motiva esta intervención fue interpuesta en tiempo y forma ante este Tribunal (art. 33, ley 402). Aún así, no puede prosperar. La quejosa no realiza una crítica concreta y circunstanciada de la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad de fs. 12/26. Entendió que la presentación no reunía los requisitos sustanciales de admisibilidad previstos por el art. 27 de la ley 402.

La recurrente no intenta siquiera desvirtuar las afirmaciones realizadas por la Sala I en la providencia que motiva su presentación. Se limita a reiterar que a su entender, la sentencia del 17/6/2009 —que no es materia de esta queja—, le causó un gravamen irreparable (fs. 35).

Señala también, sin que esto tenga conexión con el caso de autos, que según la doctrina de la CSJN la arbitrariedad de sentencia constituye una cuestión federal (fs. 35).

Sin hacer referencia alguna a los considerandos de la decisión que viene a impugnar, propone vagamente que el *a quo* no tuvo "un fundamento lógico y justo" para vedar "el acceso a otra instancia" (fs. 35 vta.).

Abunda acerca de que el fallo recurrido "perjudica claramente sus intereses" o representa un "menoscabo en su patrimonio" (fs. 35 vta.), pero no trae argumentos tendientes a poner en crisis su legitimidad.

Finalmente, dedica la mayor parte de su presentación directa a la reproducción textual de su recurso de inconstitucionalidad.

En ningún caso consigue criticar lo considerado por la Cámara para decidir como lo hizo.

3. Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado y dar por perdido el depósito (art. 35, ley 402).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 34/47.

2º. *Dar por perdido* el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 48.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 6743/09 "Aguas y Saneamientos Argentinos SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/inf. art. 2.1.16 ley 451'" y nº 6791/09 "Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/infr. art. 2.2.1 —permiso y planos de obra— ley 451'", también del 16/6/2010.

CXLI

"SERVICIO ESCALADA S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Medida cautelar.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, de la CCBA resulta incompatible con el dictado de medidas cautelares. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Hacer lugar a una medida precautoria, implicaría otorgar una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SAO n° 7316/10 - 16/6/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

Servicio Escalada S.A. interpone la acción prevista en el art. 113, inc. 2° de la CCBA, y plantea la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 5º de la ley 2893 (98/114).

En su presentación requiere, asimismo, el dictado de "una *medida cautelar*, mediante la cual *se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se abstenga de exigir (...) el cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 2º y 5º de la ley 2893 en cuanto a que la ubicación de las bocas de carga de combustible deben serlo en el interior del predio de la Estación de Servicio, como así también se abstenga de aplicar y/o ejecutar sanción alguna"* (fs. 109 vta./111, el destacado no me pertenece).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Visto la petición de medida cautelar formulada por la accionante, y sin que ello implique la admisibilidad de la acción deducida corresponde atender a su solicitud.

2. Es jurisprudencia pacífica y reiterada del Tribunal que la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, de la CCBA resulta incompatible con el dictado de medidas cautelares.

La sentencia en el juicio de inconstitucionalidad, en caso de resultar favorable al actor, se limitará a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas (este Tribunal, *in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, pp. 119 y ss., entre muchos otros). La reglamentación legal de la acción no permite al Tribunal invalidar, al pronunciar la sentencia definitiva, los procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. Por lo demás, en asuntos como el de autos en que se cuestionan normas contenidas en una ley, la pérdida de vigencia definitiva de ellas, aun en el caso de que el Tribunal considere acertado el pedido de la actora y le conceda razón, está sujeta a la condición suspensiva que menciona el art. 24, párrs. II y III, de la ley 402.

Consecuentemente, hacer lugar a la medida precautoria solicitada, implicaría otorgar una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad (doctrina del Tribunal, en los autos "Doy, Miguel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, sentencia del 16/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 134 y ss.; "Salgado, Graciela Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 826/01, resolución del 22/2/2001; "Villegas, Héctor c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1276/01, resolución del 28/11/2001; "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1268/01, resolución del 28/11/2001, y "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3032/04, sentencia del 21/4/2004, entre muchos otros).

En suma, las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar a ellos, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos (doctrina del Tribunal *in re* "Valdés, Eduardo Félix c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1542/02, resolución del 12/6/2002).

Por las razones expuestas, la medida cautelar requerida en autos debe ser rechazada.

Los jueces José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la medida cautelar solicitada por Servicio Escalada S.A. en su escrito de demanda de fs. 98/114.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que vuelvan los autos al acuerdo.

El juez Luis F. Lozano no interviene por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLII

"VALOT S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

EXCUSACIÓN DE JUEZ: Tener pleito pendiente con el Estado. Ser acreedor del Estado.

SUMARIOS:

1. La consideración de las circunstancias previstas en los incs. 3º y 4º del art. 11 del CCAyT para admitir la recusación o en su caso la excusación —conforme al art. 23, cód. cit.—, no puede efectuarse a partir de una aplicación automática, formal o mecánica de la literalidad de la ley, pues ello podría conducir a excesos que podrían desnaturalizar la finalidad del instituto y, por ende, afectar otras de las garantías estrechamente relacionadas con la imparcialidad del juzgador, tales como la del juez natural, el debido proceso, y la recta administración de justicia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. En relación a lo establecido en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT, es decir, tener el juez pleito pendiente con alguna de las partes, no basta la sola concurrencia formal de la causal, por cuanto en el caso, la parte con la que el juez tiene pleito pendiente es el Estado porteño, Estado cuyo Gobierno, en definitiva, también integra el nombrado, en tanto forma parte de uno de sus tres departamentos: el Poder Judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Para que se verifique la causal de excusación o recusación de tener el juez pleito pendiente con alguna de las partes, el objeto del proceso en el que el magistrado es recusado o en el que se excusa, debe ser semejante al objeto del pleito que dicho magistrado tiene pendiente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Ninguna diferencia hace para el caso que el juez que pretende excusarse sea acreedor de la Ciudad de Buenos Aires en razón de su condición de administrador definitivo de la sucesión de su cónyuge, con motivo de un crédito por salarios adeudados, pues bien podría serlo también por diferencias salariales derivadas de su propia condición de magistrado de la Ciudad, situación que, objetivamente, podría considerarse más gravosa que la que denuncia para pedir su apartamiento del proceso, y no por ello debería considerárselo alcanzado por la causal del art. 11, inc. 4º, CCAyT. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La condición de ser acreedor del Estado no puede entenderse de manera de atribuirle un alcance tan radical y absoluto, que haga poco menos que imposi-

ble, para un magistrado, el ejercicio de su función como tal y el de los derechos en juicio cuando en éste sea parte el Estado, y no surja de manera clara la existencia de un interés del juez derivado de la semejanza del asunto en debate. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La existencia de un pleito pendiente —una acción de daños y perjuicios— entre el señor juez y el GCBA no permite, por sí sola, presumir nítidas razones que hagan dudar acerca de su imparcialidad, a partir de la prudente evaluación de los elementos constitutivos del impedimento denunciado, conjugados con las particularidades de la causa y la concreta finalidad que inspira al instituto, de modo que su razón de ser no quede tergiversada, en tanto su aplicación debe reservarse para casos excepcionales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAO nº 6942/09 - 17/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Valot S.A. promovió a fs. 37/47 acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y siguientes de la ley 402, a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia del art. 1º, puntos 23), 24) y 25) de la ley 2997 "en cuanto el primero deroga el art. 140 del C.F. que establecía la tasa del 0 % para las actividades industriales (...), y el segundo reemplaza al art. 141 del C.F. en cuanto limita la exención a la industrias cuyos ingresos no superen los $ 20.000.000" (fs. 37 vta.).

2. A fs. 88 se ordenó integrar el Tribunal en la forma prevista por el art. 24 de la ley 7.

3. En sorteo realizado por ante la Secretaría de Asuntos Generales del Tribunal resultó desinsaculado el Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dr. Jorge Atilio Franza (acta de fs. 91).

4. A fs. 97/98 el Dr. Franza se excusó de integrar el Tribunal e invocó para ello las causales de los incs. 3º y 4º del CCAyT. Expresó que tiene pleito pendiente con el accionado en estas actuaciones, "por cuanto el 17 de octubre de 2006 inició una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por daños y perjuicios, que tramita ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad, Secretaría N° 11, bajo el n° 22367/0, sobre la cual no ha recaído sentencia".

Agregó asimismo que, en los autos "Morando de Franza, Lucía Rosa c/MCBA s/amparo", expte. n° 270.578/87, tramitados ante la justicia nacional en lo Civil, e iniciados "por quien fuera en vida la cónyuge del suscripto [...] por el cobro de salarios adeudados, result[a] ser acreedor en [su] condición de administrador definitivo

de la sucesión. Habiendo recaído sentencia firme, donde se ordena pagar el monto reclamado y encontrándose actualmente en período de ejecución del cobro [...]".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La consideración de las circunstancias previstas en los incs. 3º y 4º del art. 11 del CCAyT para admitir la *recusación* o en su caso *la excusación* —conforme al art. 23, cód. cit.—, no puede efectuarse a partir de una aplicación automática, formal o mecánica de la literalidad de la ley, pues ello podría conducir a excesos que podrían desnaturalizar la finalidad del instituto y, por ende, afectar otras de las garantías estrechamente relacionadas con la imparcialidad del juzgador, tales como la del juez natural, el debido proceso, y la recta administración de justicia.

A partir de esa premisa, considero que la excusación formulada por el juez Jorge Atilio Franza no puede ser admitida por las razones que seguidamente expongo.

2. En relación a lo establecido en el inc. 3° del art. 11 del CCAyT —en sustancia, tener el juez pleito pendiente con alguna de las partes—, ya he expresado al votar en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'", expte. n° 6190, resolución del 3/5/2009, que no basta la sola concurrencia formal de la causal.

Ahora agrego que ello es especialmente así, en este caso, por cuanto la parte con la que el juez Franza tiene pleito pendiente es el Estado porteño, Estado cuyo Gobierno, en definitiva, también integra el nombrado, en tanto forma parte de uno de sus tres departamentos: el Poder Judicial.

Pero además, como también quedó sentado en el precedente aludido, para que se verifique la causal en análisis, el objeto del proceso en el que el magistrado es recusado o en el que se excusa, debe ser semejante al objeto del pleito que dicho magistrado tiene pendiente, extremo que no se ha acreditado en el escrito de fs. 97/98, y que no se advierte en el caso, dado que las presentes actuaciones conciernen al —eventual, si se admite la acción— control concentrado y abstracto de constitucionalidad de preceptos contenidos en una ley modificatoria del Código Fiscal, relativos a la tributación de las actividades industriales, en tanto que del pleito pendiente del Dr. Franza con el GCBA sólo consta que se trata de una demanda por daños y perjuicios en el que el Gobierno de la Ciudad es el accionado.

Tal es la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos,* 322:701, 325:3431 y 329:5900, entre otros. En particular, en el primero de dichos precedentes, al rechazar la recusación interpuesta por el entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, referida al juez Carlos S. Fayt, por la misma causal invocada en estas actuaciones —tener el magistrado un pleito pendiente con el Estado, en ese caso, nacional— (*in re* "Compañía Swift

de La Plata S.A. Frigorífica v. Poder Ejecutivo Nacional", sentencia del 4/5/1999, *Fallos*, 322:701). En el citado precedente, el Alto Tribunal federal hizo hincapié en que el Estado, "en los pleitos que interviene, no defiende un interés desvinculado de los intereses generales de la comunidad" y, como lógica derivación de lo expuesto, afirmó que *no era posible*, por lo tanto, "sostener la existencia de una confrontación subjetiva que permita presumir sin más —como surge del art. 17, inc. 3º, del CPCCN— que el criterio imparcial de un juez (…) pueda verse afectado para pronunciarse en el presente caso, que no tiene relación alguna con la cuestión controvertida por dicho juez en el pleito pendiente que se invoca".

3. A conclusión similar se llega en relación a la causal del art. 11, inc. 4°, CCAyT, cuando el magistrado que es recusado o se excusa en un proceso es —como manifiesta el Dr. Franza a fs. 97/98— acreedor del Estado que es parte en tal proceso.

En tal sentido cabe concordar con lo expresado por el juez Lozano en su voto en la causa "Dorelle" aludida *supra*, en cuanto a que la calidad de acreedor del juez a la que se refiere la norma en examen, "debe leerse con cuidado, pues, de no ser así, todos los jueces contenciosos serían recusables en los pleitos que son propios de su competencia, ya que son permanentemente acreedores de la Administración por la remuneración de sus servicios y es ella parte en los litigios en los que intervienen".

Si eso es así en relación a los jueces del fuero CAyT, por igual razón ha de serlo para cualquier otro juez del Estado local que, amén de compartir con aquéllos el ser su acreedor —del Estado— por la remuneración correspondiente a su función de magistrado, se halla también en la situación aludida en el punto precedente de integrar el Gobierno del Estado porteño.

Sentado lo anterior, ninguna diferencia hace para el caso que el Dr. Franza sea acreedor de la Ciudad de Buenos Aires en razón de su "condición de administrador definitivo" de la sucesión de su cónyuge, con motivo de un crédito por salarios adeudados, pues bien podría serlo también por, v. gr., diferencias salariales derivadas de su propia condición de magistrado de la Ciudad, situación que, objetivamente, podría considerarse más gravosa que la que denuncia para pedir su apartamiento del proceso, y no por ello debería considerárselo alcanzado por la causal del art. 11, inc. 4º, CCAyT a tenor de las consideraciones expuestas.

4. En síntesis, tales disposiciones no pueden entenderse de manera de atribuirle un alcance tan radical y absoluto, que haga poco menos que imposible, para un magistrado, el ejercicio de su función como tal y el de los derechos en juicio cuando en éste sea parte el Estado, y no surja de manera clara la existencia de un interés del juez derivado de la semejanza del asunto en debate.

Por ello, sin perjuicio de destacar la actitud —sin duda ponderable— del señor juez Dr. Jorge Atilio Franza, que obviamente apunta a evitar cualquier sospecha

acerca de su imparcialidad solicitando su apartamiento del juzgamiento que le compete, voto por no admitir su excusación.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto el criterio que en el apart. 4, primer párrafo de su voto expone mi colega Ana María Conde, respecto de las normas que rigen en materia de excusación y /o recusación. En consecuencia adhiero a la solución que propone. Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto el enfoque de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal que realiza en su voto la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, así como la solución que propicia.

2. Tal como lo destaca mi colega, la comprobación de las circunstancias invocadas para admitir una excusación con arreglo a lo dispuesto por el art. 23, CCAyT, mediante la invocación de la causal prevista en el art. 11, inc. 3º, del citado código de rito —esto es, tener el juez pleito pendiente con una de las partes del juicio—, a la luz del conjunto de principios que disciplinan el *debido proceso en sede judicial* —que hacen cumbre en la propia Constitución Nacional—, no puede efectuarse a partir de una aplicación automática, formal o mecánica de la literalidad de la ley [conf. voto que suscribiéramos de manera conjunta con la señora jueza Ana María Conde *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'", expte. nº 6190/08, sentencia del 3/5/2009].

Es por ello que, en este caso, la existencia de un pleito pendiente —según se denuncia una acción de daños y perjuicios— entre el señor juez Jorge A. Franza y el GCBA no permite, por sí sola, presumir *nítidas razones que hagan dudar acerca de su imparcialidad*, a partir de la prudente evaluación de los elementos constitutivos del impedimento denunciado, conjugados con las particularidades de la causa y la concreta finalidad que inspira al instituto, de modo que su razón de ser no quede tergiversada, en tanto su aplicación debe reservarse para casos excepcionales.

3. El razonamiento expuesto de manera sintética en el punto precedente resulta enteramente trasladable para abordar la segunda causal de excusación invocada en su presentación por el señor juez Jorge A. Franza con apoyo en el art. 11, inc. 4º del CCAyT —al ser acreedor del Estado local por su condición de "administrador definitivo" de la sucesión de su cónyuge.

Por las consideraciones que anteceden, entiendo que no corresponde admitir la excusación presentada por el señor juez Jorge A. Franza, sin perjuicio de destacar —tal como lo hace la señora jueza de trámite— que la actitud previsora y prudente del presentante resulta encomiable, es propia de un magistrado imparcial e independiente y lo enaltece.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No admitir* la excusación del juez Jorge Atilio Franza formulada a fs. 97/98.

2º. *Mandar* que se registre y se le notifique mediante oficio de estilo.

El juez Luis F. Lozano no interviene por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLIII

"VÁZQUEZ BOUZAN, NÉLIDA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/VÁZQUEZ BOUZAN, NÉLIDA S/EJECUCIÓN FISCAL —RADICACIÓN DE VEHÍCULOS'"

RECURSO DE QUEJA: Plazo. Interposición extemporánea.

Expte. SACAyT nº 6912/09 - 30/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA promovió ejecución fiscal contra la Sra. Nélida Vázquez Bouzan (fs. 19/20 vta.). Intimada de pago, la ejecutada no opuso excepciones, por lo que el magistrado de primera instancia mandó seguir adelante la ejecución (fs. 9). Esta decisión fue motivo del recurso de apelación que obra a fs. 21.

2. Contra la sentencia de Cámara que rechazó su recurso de apelación (fs. 26/27), la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad. Declarado éste inadmisible, promovió la queja que motiva esta intervención.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja de fs. 10/11 vta. fue interpuesto una vez vencido el plazo del art. 33, ley 402, y debe ser rechazado.

2. En efecto, de las constancias de autos surge que quien pretende ocurrir en queja fue notificada de la resolución que decidió no conceder su recurso de inconstitucionalidad el día 24/11/2009 (fs. 44 vta.), y que efectuó la interposición de su recurso directo el día 7/12/2009 (según el cargo de fs. 11 vta.)

3. El plazo de 5 días establecido por el art. 33 de la ley 402, venció para el caso de autos el día 1º/12/2009, cuatro días hábiles antes de promovida la queja. La presentación podía realizarse oportunamente dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 2/12/2009 (art. 108, CCAyT), plazo de gracia que no fue aprovechado en el caso de autos.

Como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal, se trata de un plazo perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sentencia del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'M., J. L. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal — ing. brutos Convenio Multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 12/7/2007], por lo que su vencimiento dejó firme la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

4. Las constancias obrantes a fs. 13/15 no bastan para formar una convicción distinta a la expresada. Se trata de certificados médicos respecto de cuya autenticidad la quejosa no ha ofrecido prueba alguna. Por otra parte, de su lectura se desprende que al menos uno de ellos es de fecha posterior al vencimiento del plazo del art. 33 de la ley 402.

Por último, la presentación tardía lleva firma de letrado patrocinante, quien podía en tiempo procurar su firma y presentar la queja, o hacer uso de la franquicia del art. 42 del CCAyT. No existe en el expediente manifestación alguna capaz de justificar tal omisión, porque las menciones de las constancias médicas de fs. 13/15 —más allá de las observaciones formuladas—, no dan indicio de que se encontrase imposibilitada de firmar y/o expresar su voluntad o consentimiento.

5. En razón de lo expuesto, la interposición tardía de la queja determina su inadmisibilidad.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la queja interpuesta por Nélida Vázquez Bouzan.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/GREY ARGENTINA S.A. S/EJ. FISC. ING. BRUTOS CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Sentencia definitiva. EJECUCIÓN FISCAL: Excepción de inhabilidad de título. Intimación de pago. Efectos suspensivos. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El actor no demuestra que la sentencia que confirmó el pronunciamiento de primera instancia que hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título sea definitiva o equiparable a tal (art. 27, ley 402). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad advierte con acierto que, en principio, las decisiones dictadas en el marco de procesos ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo pero que esa regla puede ceder ante la existencia de un perjuicio irreparable, que no quedó acreditado en el caso de autos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. El accionante intenta justificar la equiparación a sentencia definitiva manifestando que la Sala I se expidió respecto de la causa de la obligación, por lo que no le quedaría ninguna instancia ni judicial ni administrativa para reclamar o debatir sobre el crédito fiscal adeudado, argumento que no se sostiene, pues el Gobierno no explica por qué el análisis efectuado por la Cámara sobre la excepción de inhabilidad de título opuesta le impide iniciar una nueva ejecución fiscal una vez que quede

agotada la vía recursiva en sede administrativa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La Ciudad no demuestra que la decisión de los magistrados que se limitaron a evaluar si resultaba aplicable el efecto suspensivo sobre la intimación de pago previsto en el art. 126 del C.F. t.o. 2006 (y disposiciones concordantes de años anteriores y posteriores), y concluyeron que lo era, importó un avance sobre aspectos que exceden el marco de la excepción introducida por la ejecutada como así tampoco que se hubieran pronunciado sobre la existencia o no del crédito del que el Fisco dice ser titular. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Las argumentaciones brindadas por las instancias de mérito —más allá de su acierto o error — discurren sobre los efectos que cabe asignar a los recursos administrativos por la aplicación de normas locales y cómo ello se refleja sobre la presente causa; mientras que la articulación que se pretende someter a la consideración de este estrado no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional, resultando insuficiente la invocación ritual que se efectúa de los perjuicios derivados de la falta de oportuna y eficaz percepción de la renta pública en virtud de las circunstancias del caso. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante veáse voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El planteo de arbitrariedad de sentencia no puede tener acogida favorable, toda vez que en el caso, el recurrente solo se limitó a manifestar genéricamente su disconformidad con la resolución impugnada, sin argumentar seriamente respecto de la autocontradicción o falta de fundamentación de la sentencia que ataca. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6894/09 - 30/6/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 26/12/2006 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ("GCBA") inició ejecución fiscal contra Grey Argentina S.A. ("GA") por $ 313.284,39 en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos ("ISIB") por presuntos saldos a favor deducidos en forma improcedente (fs. 1/3 vta. de las actuaciones principales).

2. La ejecutada opuso excepción de inhabilidad de título alegando la manifiesta inexistencia de deuda exigible (fs. 68/73 vta. de los autos principales). Relató:

i) que el 12/9/2001 rectificó —en los términos del art. 130 del C.F. del año 2001 (correlativo del art. 143 del C.F. texto ordenado para el año 2007)— las declaraciones juradas del ISIB presentadas por los períodos 1/98 a 7/2001, resultando de ello un saldo a su favor de $ 313.284,39 por el cual solicitó compensación con anticipos posteriores del impuesto;

ii) que sin haber sido notificada de resolución alguna respecto de su solicitud, con fecha 30/9/2005 la contribuyente recibió una intimación de pago por el importe del saldo a favor cuya compensación ella reclamara;

iii) que contra esa intimación de pago interpuso el 24/10/2005 un recurso de reconsideración en los términos del art. 126 del C.F.;

iv) que paralelamente, ante la eventualidad que la Dirección General de Rentas ("DGR") no le reconociera efecto suspensivo a su recurso de reconsideración, la firma requirió en sede judicial la concesión de una medida cautelar autónoma que suspendiera los efectos de la intimación de pago, la que fuera rechazada tanto en primera como en segunda instancia;

v) que el 21/11/2006 la DGR dictó la resol. 4546/06 mediante la cual rechazó el pedido de compensación efectuado y desestimó el recurso de reconsideración deducido contra la intimación de pago por entender que ésta no era un acto administrativo en los términos del art. 126 del C.F. (t.o. 2006); y

vi) que contra el rechazo de la solicitud de compensación dispuesto en la resol. 4546/06, la empresa planteó un recurso de reconsideración, que se encontraba aún pendiente de decisión.

Por fin, la demandada concluyó que el título que diera origen a la ejecución de autos es inhábil por haber sido emitido sin que la deuda allí consignada resultara exigible. Ello, en virtud del efecto suspensivo sobre la intimación de pago previsto en el art. 126 del C.F. para el recurso de reconsideración deducido por GA.

3. En primera instancia se hizo lugar a la excepción (fs. 1 y 2 del expediente de la queja). La jueza citó el art. 126 del C.F. texto ordenado para el año 2006 y examinó las constancias probatorias obrantes en el expediente. Señaló (fs. 1 vta.) que "(...) la boleta de deuda de fs. 1 fue expedida en forma extemporánea por prematura (conf. 13/12/2006), puesto que aún no se encontraba firme la resolución mediante la cual se denegó el pedido de compensación, y lo propio cabe concluir respecto a la fecha de promoción de la presente ejecución fiscal (26/12/2006, conf. cargo inserto a fs. 3 vta.)". Y explicó (fs. 1 vta.) que "(...) la interposición de la reconsideración por parte de la accionada con fecha 28/12/2006 produjo la consecuencia prevista en la normativa fiscal vigente, esto es, la suspensión de la intimación de pago, por lo que la actora no se encontraba en condiciones de emitir el certificado de deuda de 'marras' y, de esta manera, el mismo resulta inhábil...".

4. Apelado el pronunciamiento de fs. 1/2 por el Gobierno, la Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad lo confirmó (fs. 19/22 vta. del expediente de la queja). Los magistrados consideraron que el título ejecutivo se libró encontrándose pendiente de resolución el recurso de reconsideración interpuesto contra la resol. 4546/DGR/06 con efecto suspensivo sobre la intimación de pago, es decir, que fue librado antes de que la deuda resultara exigible y de que, en consecuencia, se encontrara expedita la vía judicial.

Los sentenciantes recordaron:

i) que (fs. 21) " (...) la parte demandada presentó ante la entonces Dirección General de Rentas una rectificación de sus declaraciones juradas del impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos 1/98 a 7/2001, en los términos del art. 130 del C.F. t.o. 2001 (equivalente al art. 143 del t.o. 2006 y al art. 145 del t.o. 2008)";

ii) que el art. 130 del C.F. t.o. 2001 establece que "[l]os contribuyentes o responsables que rectifican declaraciones juradas y lo comunican a la Dirección General en la forma en que se reglamenta pueden compensar el saldo acreedor resultante de la rectificación con la deuda emergente de obligaciones por el mismo tributo, *requiriendo previamente la conformidad de la Dirección General* (....). Si la rectificación resulta en definitiva improcedente, o no se efectúa su comunicación, la Dirección General puede reclamar los importes indebidamente compensados con más los intereses, recargos, multas y actualizaciones que correspondan..." (destacado en la sentencia de la Cámara);

iii) que la accionada "(...) junto con la rectificación de las declaraciones juradas, efectuó una solicitud de compensación, y procedió a descontar, por sí, de posiciones posteriores del referido tributo, los saldos a su favor resultantes de tal rectificación, con anterioridad a que la Administración se pronunciara respecto del reclamo de compensación realizado" y que "[a]nte ello, el GCBA procedió a intimar a Grey Argentina S.A. al pago de las sumas descontadas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 145 del C.F. t.o. 2006" (fs. 21); y

iv) que el art. 145 del C.F. t.o. 2006 dispone que "[c]uando en la declaración jurada se computen contra el impuesto declarado conceptos o importes improcedentes, tales como retenciones, pagos a cuenta, acreditación de saldos a favor (...) no procederá para su impugnación el procedimiento de la determinación de oficio, sino que basta la intimación fehaciente de pago de los conceptos incorrectamente computados, o de la diferencia que se genere en el resultado de dicha declaración jurada".

En el referido contexto, los camaristas entendieron (fs. 21 y vta.) que "(...) más allá de la legitimidad de la intimación de pago efectuada en los términos del citado art. 145 del C.F. por no haber adecuado la contribuyente su conducta al procedimiento previsto en dicho cuerpo legal (toda vez que descontó de las posiciones de ingresos brutos posteriores a su pedido de compensación, las sumas que, a su entender, conformaban un saldo a su favor, sin que la Dirección General de Rentas hubiera prestado conformidad o resuelto la solicitud de compensación [...]), no puede perderse de vista que luego, contra el rechazo del pedido de compensación (efectuado en forma expresa por la Dirección General de Rentas a través de la resol. 4546/DGR/06), la aquí ejecutada interpuso un recurso de reconsideración". Y agregaron (fs. 21 vta.) que "el propio Código Fiscal expresamente prevé que el recurso de reconsideración planteado contra resoluciones que deciden reclamos de compen-

sación tiene efectos suspensivos sobre la intimación de pago". Así, citaron el art. 126 del C.F. t.o. 2006 (y concordantes de años anteriores y posteriores), que —en lo pertinente— establece que "*[c]ontra las resoluciones que dicta la Dirección General*, determinando de oficio el impuesto sobre los ingresos brutos o imponiendo sanciones respecto de cualquier tributo, *o decidiendo reclamos de repetición o de compensación* o estableciendo puntualmente nuevos avalúos de inmuebles y las providencias resolutivas que emita haciendo suyos, convalidándolos, dictámenes técnico tributarios, *los contribuyentes o responsables pueden interponer dentro de los quince (15) días de notificados recurso de reconsideración, con efecto suspensivo sobre la intimación de pago*..." (destacado en la resolución de la Sala I).

Los jueces expresaron:

i) que (fs. 21 vta./22) "(...) la resol. 4546/DGR/06, en tanto dispuso '[d]enegar el recuso *(sic)* de compensación interpuesto por la fima *(sic)* contribuyente Grey Argentina S.A.', configura una resolución que decide un 'reclamo de compensación', en los términos del art. 126 del C.F. t.o. 2006"; y

ii) que, de hecho, "(...) la propia Dirección General de Rentas, al notificar a Grey Argentina S.A. la resol. 4546/DGR/06, consignó en el texto de la cédula que contra ese acto administrativo podía interponerse un recurso de reconsideración y citó expresamente el art. 126 del C.F. t.o. 2006..." (fs. 22).

A partir de estas premisas, los magistrados afirmaron que resultaba aplicable al caso el efecto suspensivo sobre la intimación de pago previsto en el art. 126 del C.F. t.o. 2006. Y concluyeron que correspondía hacer lugar a la excepción opuesta por la contribuyente pues "(...) el título ejecutivo de fs. 1 —emitido encontrándose pendiente de resolución el recurso de reconsideración interpuesto contra la resol. 4546/DGR/06 con efecto suspensivo sobre la intimación de pago— fue librado antes de que la deuda resultara exigible y de que, consecuentemente, se encontrara expedita la va judicial".

5. Contra el fallo de segunda instancia el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (23/38 vta.).

En cuanto al requisito de sentencia definitiva, el recurrente sostuvo:

i) que (fs. 24 vta.) "(...) se encuentra comprometido el interés institucional que suscita la percepción de la renta pública, cuya falta de ingreso constituye un claro gravamen (...) de imposible reparación ulterior"; y

ii) que no existe "(...) otra vía ni judicial ni administrativa para recurrir la resolución dictada, *ya que la interpretación dada a los alcances del art. 126 del C.F. del t.o. 2006 y concs. años anteriores, está cercenando la potestad del Fisco prevista en el art. 145 del mismo cuerpo normativo para librar la boleta de deuda sin más trámite y efectuar el presente reclamo..."* (fs. 25, mayúsculas en el original).

En relación con la existencia de un caso constitucional, la Procuración denunció que la decisión impugnada vulneró los arts. 16, 17, 18, 19, 28, 31, 99 y 129 de la C.N. y los arts. 9º, 10, 12, 13, 51, 102 y 104 de la CCBA. Manifestó:

i) que el art. 126 del C.F. t.o. 2006 "(...) no alcanza al supuesto contemplado en el art. 145, ni a la intimación de pago allí contenida, ni condiciona su ejecutividad" (fs. 27 vta.);

ii) que (fs. 32 vta.) "[l]a intimación de pago del art. 145 del C.F. (...) no es un supuesto alcanzado por el art. 126 del mismo cuerpo normativo (...) ya que no es una resolución que determina de oficio [el] impuesto, ni un acto denegatorio de la compensación, sino un mero acto ejecutorio del impuesto que no se ingresó porque se aplicó incorrectamente contra el mismo un supuesto saldo a favor *que no había sido previamente reconocido por la Dirección General*" (mayúsculas en el original);

iii) que la decisión del *a quo* contradice lo expresado por el Tribunal en relación con el art. 145 del C.F. en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Toscana Emprendimientos S.A. s/ejecución fiscal — ingresos brutos'", expte. nº 6052/08, resolución del 11/3/2009;

iv) que (fs. 34 vta.) "(...) el óbiter de la sentencia estaría signando que: la subsistencia de recursos administrativos contra el rechazo del reclamo de reconocimientos de saldos favorables y su compensación, tendrían efectos suspensivos de la potestad tributaria de emitir el título ejecutivo de una deuda vencida e impaga y reclamarla judicialmente, lo que (...) es totalmente contrario al régimen legal establecido en el Código Fiscal al respecto";

v) que según la interpretación adoptada por la Cámara, "(...) bastaría con presentar reclamo y sus recursos para eludir el cumplimiento de obligaciones materiales plenamente exigibles..." (fs. 34 vta.);

vi) que la Sala I erró al entender que el recurso de reconsideración interpuesto contra el rechazo del reclamo de compensación suspende la intimación de pago del art. 145 del C.F., "(...) confundiendo situaciones diversas como lo son el procedimiento de solicitud de compensación, con la intimación de lo declarado y no abonado por haber descontado conceptos improcedentes... " (fs. 35 y vta.);

vii) que (fs. 35 vta.) "[e]l pedido de compensación y el trámite de recursos contra su denegatoria, *en el régimen legal del Código Fiscal no trae aparejada la suspensión de la ejecutoriedad del tributo, ni los términos para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, ni tampoco purga la mora ni elude sus consecuencias*..." (mayúsculas en el original);

viii) que (fs. 37) "[e]l decisorio en crisis, desnaturaliza la potestad del Fisco asignada por el art. 145 del C.F. de intimar saldos declarados y no ingresados sin necesidad de un procedimiento de determinación de oficio, la cual se sustenta en el carácter eminentemente ejecutorio de los impuestos

declarados por el contribuyente, es decir de aquellos que no emergen de ningún *procedimiento de determinación de oficio, ergo de ninguna resolución administrativa,* afectando asimismo la oportuna percepción de la renta pública" (subrayado y mayúscula en el original);

ix) que (fs. 37 vta.) "(...) para la intimación cursada en los términos del art. 145 del C.F. no se halla previsto en la legislación vigente (...) la interposición de ningún recurso al que se le asigne efecto suspensivo sobre la intimación de pago, ni sobre el inicio de la ejecución fiscal"; y

x) que la sentencia recurrida "(...) convirtió la presente ejecución fiscal en un verdadero juicio ordinario sobre cuestiones que evidencian un debate absolutamente ajeno a lo que debió permitirse en el presente proceso" (fs. 37 vta.).

6. El *a quo* no admitió el recurso de inconstitucionalidad del Fisco (40/41), lo que dio lugar a la queja de autos (fs. 43/59).

7. A fs. 61 se requirió a la Cámara que remitiera los autos principales caratulados "GCBA c/Grey Argentina S.A. s/ejecución fiscal" (expte. nº 839.610/0), los que se tuvieron por recibidos a fs. 64.

8. El fiscal general adjunto propicia que se rechace el recurso directo intentado por falta de sentencia definitiva (fs. 66/67 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 43/59 cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la sentencia de la Sala I que confirmó el pronunciamiento de primera instancia que hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada.

Los magistrados expresaron:

i) que, en principio, las resoluciones dictadas en juicios ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo y que el recurrente no acreditó que el decisorio atacado le causara un gravamen irreparable que permitiera hacer excepción a la referida regla;

ii) que el recurso de inconstitucionalidad de fs. 23/38 vta. no contenía "(...) una fundamentación suficientemente sólida, clara y precisa en orden a la relación entre la decisión impugnada y la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales" (fs. 40 vta.); y

iii) que el planteo vinculado con la obstrucción de la percepción de la renta pública (art. 9º, CCBA) no estaba suficientemente desarrollado.

3. De los fundamentos del auto denegatorio que fueran motivo de crítica del quejoso, consideraré inicialmente el vinculado a la inexistencia de sentencia defini-

tiva o asimilable, por cuanto la ausencia de dicho recaudo de admisibilidad formal define el rechazo por el Tribunal del recurso intentado por el Gobierno.

Anticipo que, en mi opinión, el actor no demuestra que la sentencia de fs. 19/22 vta. sea definitiva o equiparable (art. 27, ley 402).

La resolución denegatoria advierte con acierto que, en principio, las decisiones dictadas en el marco de procesos ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo pero que esa regla puede ceder ante la existencia de un perjuicio irreparable, lo que no quedó acreditado en el caso de autos.

El accionante intenta justificar la equiparación que pretende manifestando que la Sala I se expidió respecto de la causa de la obligación, por lo que no le quedaría ninguna instancia ni judicial ni administrativa para reclamar o debatir sobre el crédito fiscal adeudado.

El argumento del ejecutante no se sostiene. El Gobierno no explica por qué el análisis efectuado por la Cámara sobre la excepción opuesta en estas actuaciones le impide iniciar una nueva ejecución fiscal contra GA una vez que quede agotada la vía recursiva en sede administrativa. Los magistrados se limitaron a evaluar si resultaba aplicable al caso el efecto suspensivo sobre la intimación de pago previsto en el art. 126 del C.F. t.o. 2006 (y disposiciones concordantes de años anteriores y posteriores), y concluyeron que lo era. Y la Ciudad no demuestra que para así decidir los jueces hubieran avanzado sobre aspectos que excedieran el marco de la excepción introducida por la ejecutada como así tampoco que se hubieran pronunciado sobre la existencia o no del crédito del que el Fisco dice ser titular.

En lo que resta del capítulo V.a de la presentación en examen el actor transcribe fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Tribunal en los que resoluciones dictadas en juicios ejecutivos fueron equiparadas a sentencias definitivas. No obstante, no indica cuáles son las similitudes entre tales antecedentes y los hechos de esta causa ni por qué dicha jurisprudencia debería ser aplicada en la presente ejecución fiscal.

Por lo demás, el GCBA aduce que lo resuelto por el *a quo* obstruye "(...) la oportuna y eficaz percepción de la renta pública" (fs. 45 vta.). Esa afirmación es insuficiente para acreditar la irreparabilidad del perjuicio que alega sufrir el Gobierno.

Como he señalado *in re* "Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal'" (expte. n° 2690/03), "corresponde exigir un mayor énfasis en la carga de alegación que pesa sobre quien deduce el recurso, pues debe aportar argumentos suficientes respecto de por qué la decisión que se pone en crisis priva al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos, le impide el replanteo de la cuestión en otro juicio o le causa un gravamen de imposible o insatisfactoria reparación ulterior. El recurrente no cumple ninguna de estas cargas y esa omisión, en función del principio dispositivo, no puede ser suplida por este Tribunal".

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 43/59.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega la jueza Alicia E. C. Ruiz, por entender que el recurso de inconstitucionalidad, como la queja por la cual se intenta sostenerlo, se dirigen contra un pronunciamiento que no constituye sentencia definitiva, sin haber podido demostrar la recurrente que dicha decisión deba ser equiparada a tal.

Por lo demás, las argumentaciones brindadas por las instancias de mérito —más allá de su acierto o error— discurren sobre los efectos que cabe asignar a los recursos administrativos por la aplicación de normas locales y cómo ello se refleja sobre la presente causa; mientras que la articulación que se pretende someter a la consideración de este estrado no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional, resultando insuficiente la invocación ritual que se efectúa de los perjuicios derivados de la falta de oportuna y eficaz percepción de la renta pública en virtud de las circunstancias del caso.

Finalmente, la falta de oportuno pronunciamiento de la Administración ante el recurso de reconsideración, lo que ocluiría el tramite de cobranza judicial, debe atribuirse a la conducta discrecional de la parte interesada en el cobro fiscal, lo cual desluce los agravios de pretendida índole constitucional que aquí se agitan.

Por las razones expuestas, y las que brindan sobrados fundamentos del voto de la señora jueza de trámite, me pronuncio por el rechazo de la queja de fs. 43/59.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Tal como lo destaca la señora jueza de trámite, Dra. Alicia Ruiz, la queja obrante a fs. 43/59, a pesar de haber sido interpuesta en legal tiempo y forma, no puede prosperar.

Ello así, toda vez que los agravios expresados por el recurrente no logran conmover los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, que se basó en la ausencia de sentencia definitiva y la inexistencia de un caso constitucional, para rechazar la impugnación intentada por la parte actora.

2. En primer término, corresponde establecer que, como ya lo ha dicho este Tribunal, las decisiones recaídas en los juicios ejecutivos, en principio, no configuran sentencias definitivas a los fines del art. 27 de la ley 402 (conf., entre otros, expte. nº 2133/03, "GCBA c/Club Mediterranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", resolución del 27/5/2003), y no se ha configurado en el caso un supuesto de excepción que permita equiparar la resolución recurrida a una sentencia definitiva.

La sentencia de la Cámara (fs. 19/22 de la queja) confirmó la de primera instancia —que resolvió rechazar la ejecución fiscal—, luego de constatar que la resol. 4546-DGR-06 —mediante la cual el GCBA denegó la solicitud de compensación presentada por Grey Argentina S.A.— había sido impugnada en sede administrativa por la firma demandada, y se hallaba pendiente de resolución. Por ello, en virtud del efecto suspensivo otorgado al recurso administrativo presentado

por el contribuyente (art. 126 C.F. 2006), el *a quo* entendió que el título ejecutivo de fs. 1 "fue librado antes de que la deuda resultara exigible y de que, consecuentemente, se encontrara expedita la vía judicial" (fs. 22 de la queja).

Sin embargo, más allá del acierto o error de la resolución de la Cámara, esta situación no impide que en el futuro, en caso de resultar una deuda exigible, el GCBA pueda llevar adelante su ejecución en un proceso posterior. Por este motivo, no nos encontramos en el caso, tampoco, ante una sentencia equiparable a definitiva, toda vez que la resolución no provoca un gravamen de insusceptible reparación ulterior.

3. Si bien lo hasta aquí expresado resulta suficiente para determinar la suerte de la queja, cabe aclarar, a mayor abundamiento, que tampoco se configuró en la causa una cuestión constitucional que habilite la vía del recurso intentado. La actora, por el solo hecho de invocar genéricamente supuestas garantías afectadas, no ha planteado seria y fundadamente un genuino caso constitucional. Tiene dicho este TSJBA 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. "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.).

El planteo de arbitrariedad tampoco puede tener acogida favorable, toda vez que en el caso, el recurrente solo se limitó a manifestar genéricamente su disconformidad con la resolución impugnada, sin argumentar seriamente respecto de la autocontradicción o falta de fundamentación de la sentencia que ataca. A ello, cabe agregar además, que de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

Por último, tal como lo destacó la Cámara a fs. 40 vta. de la queja, el GCBA no logró desarrollar adecuadamente de qué manera la decisión cuestionada impactaría sobre la renta pública, y obstruiría su percepción.

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 43/59.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLV

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LAOUI, DIEGO ARIEL S/INF. ART(S). 111 CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Plazo. Interposición extemporánea. Notificación. Domicilio legal. Domicilio constituido. Recepción del expediente en la Fiscalía. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

SUMARIOS:

1. No resulta relevante la fecha en que efectivamente el funcionario tomó conocimiento de las actuaciones, sino aquella en la cual el expediente fue recibido en dependencias del Ministerio Público, pues de lo contrario, el plazo fatal y perentorio establecido en la LPTSJ quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva o aleatoria: la prontitud o tardanza con la que la decisión llegue finalmente a conocimiento de quien debe tomar la intervención requerida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La mayoría de los ordenamientos procesales disponen que los fiscales y los defensores públicos son notificados, por diligencia, en sus respectivas oficinas (arts. 144, CPPN o 57, CPP local), porque se considera que sus oficinas, en razón del art. 90.1 del Cód. Civil, constituyen su domicilio legal y constituido, por tratarse de funcionarios públicos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La práctica habitual de remitir la causa judicial al despacho de los fiscales y los defensores públicos facilita un rápido, mejor y más eficaz desenvolvimiento de su actuación y, en la medida en la cual esté debidamente acreditada en el expediente mediante la correspondiente recepción en él —certificada por un funcionario, dependiente del integrante del Ministerio Público, a quien la reglamentación le otorga facultad para dar plena fe de esa recepción—, vale como suficiente notificación del acto o resolución que se intenta comunicar mediante aquella remisión, al menos con relación a quien "reside" en dicha oficina. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El cargo impreso y firmado por la Prosecretaria Administrativa de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 indica que el expediente fue recibido allí el día 12 de febrero de 2010 a las 11 hs, día que debe ser considerado para dar inicio al cómputo del plazo legal para acudir ante este Tribunal (conf. art. 57, CPP CABA). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El representante del Ministerio Público Fiscal no ha dado argumento alguno que permita concluir que la remisión de las actuaciones efectuada por la Secretaria de la Cámara de Apelaciones a fin de notificar el fallo y su recepción por parte de la Prosecretaria Administrativa de la Fiscalía actuante no constituya un medio de

notificación fehaciente efectuado en el lugar legalmente previsto para ello (arts. 54 y 57, CPP CABA, aplicables supletoriamente en razón de lo previsto en el art. 6º, ley 12). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF n° 7093/10 - 30/6/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 acude en queja ante este Tribunal (fs. 48/58), contra la resolución de fecha 9/2/2010 (fs. 1/3) por la cual la Sala II de la Cámara del fuero resolvió declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (fs. 14/23), a su turno, contra la resolución confirmatoria de la decisión de primera instancia que suspendió el proceso a prueba —a pesar de la oposición manifestada por la fiscal de grado— con relación al señor Diego Ariel Laoui.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

Esta presentación directa no fue deducida en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), razón por la cual debe ser rechazada sin más trámite.

Si bien el recurrente dice haberse notificado del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad el día 17/2/2010 (fs. 48), el cargo impreso a fs. 4 y firmado por una funcionaria de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones Nº 1 indica que el expediente fue recibido en su dependencia el día 12/2/2010 a las 11 hs, día que debe ser considerado para dar inicio al cómputo del plazo legal para acudir ante este Tribunal. Tal como lo ha sostenido mi distinguido colega, el doctor José O. Casás, al emitir su voto —al que adherí— en el precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" (expte. n° 5904/08, resolución del 5/2/2009), no resulta relevante la fecha en que efectivamente el funcionario tomó conocimiento de las actuaciones, sino aquella otra en la cual el expediente fue recibido en dependencias del Ministerio Público. De lo contrario, el plazo fatal y perentorio establecido en la LPTSJ quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva o aleatoria: la prontitud o tardanza con la que la decisión llegue finalmente a conocimiento de quien debe tomar la intervención requerida.

La situación no difiere frente al hecho de que este proceso se rija por la LPC, como tampoco variaría si se tratara de un caso estrictamente penal o si se le aplicara supletoriamente al *sub examine* su código procesal en virtud del art. 6º, LPC, toda vez que la "notificación personal" que la ley autoriza a llevar adelante en la "secretaría del tribunal", con respecto a las partes, o en las "oficinas" de los

integrantes del Ministerio Público —con intervención del actuario—, no debe ser interpretada como una suerte de privilegio, beneficio o *comodidad especial* que opere en desmedro de las restantes formas de notificación que —potencialmente— cumplen la misma finalidad. La mayoría de los ordenamientos procesales disponen que los fiscales y los defensores públicos son notificados, por diligencia, "en sus respectivas oficinas" (véase, por ejemplo: arts. 144, CPPN o 57, CPP local), porque se considera que sus oficinas, en razón del art. 90.1 del Cód. Civil, constituyen su domicilio legal y constituido, por tratarse de funcionarios públicos; domicilio legal, "donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente". La práctica habitual de remitir la causa judicial al despacho de tales funcionarios públicos facilita un rápido, mejor y más eficaz desenvolvimiento de su actuación y, en la medida en la cual esté debidamente acreditada en el expediente —como en autos— mediante la correspondiente recepción en él —certificada por un funcionario, dependiente del integrante del Ministerio Público, a quien la reglamentación le otorga facultad para dar plena fe de esa recepción—, vale como suficiente notificación del acto o resolución que se intenta comunicar mediante aquella remisión, al menos con relación a quien "reside" en dicha oficina. No parecen exigibles, frente al supuesto de tener que notificar de manera fehaciente una decisión a los integrantes del Ministerio Público, geográficamente localizados en diversas sedes, mayores formalidades para que el tribunal o su secretario comuniquen su decisión mediante la remisión del expediente, como tampoco parece exigible que ese actuario deba sujetar la notificación a la búsqueda o coordinación con el funcionario "interesado" que debería estar en su oficina y que —por algún motivo— no lo está.

El hecho de que las notificaciones puedan celebrarse "personalmente" (arts. 148, CPPN o 58, CPP local), cumpliendo ciertos requisitos —es decir, "se dejará *constancia en el expediente, con indicación de la fecha, firmando el encargado de la diligencia y el notificado"*—, no tiene otro propósito que agilizar el trámite del proceso, garantizando que los integrantes del Ministerio Público puedan conocer lo resuelto y, principalmente, se hagan de una copia de la decisión para el correcto ejercicio de sus derechos (arts. 147, CPPN o 59, CPP local); conocimiento efectivo y copia que naturalmente pueden tener y obtener —por sí mismos—, cuando las actuaciones le son remitidas por el actuario a sus oficinas, donde la ley presume que se encuentran, aunque no estén allí presentes. Se suele admitir que la notificación "personal" no resulta —en lo absoluto— excluyente a los efectos de notificar al Ministerio Público (D'Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, t. I, 6ª ed., p. 277; Almeyra, Miguel A., *Código Procesal Penal de la Nación*, t. I, 1ª ed., p. 660) y muy frecuentemente se apela a otro modo de notificaciones, por ejemplo, a las "cédulas" (arts. 149, CPPN o 60, CPP local). En ese orden de ideas, sostener que la remisión del expediente dispuesta por el actuario al domicilio legal y constituido, no surte la misma eficacia que aquella otra que surtiría el libramiento de una cédula de notificación —cuyo diligenciamiento, innecesariamente, provocaría

la dilación del trámite—, no puede admitirse a la luz de lo expuesto y de los fines que inspiran al sistema de notificaciones, que, sin importar la materia de la que se trate, rige en nuestro ámbito.

En suma, el plazo para deducir esta queja —reitero, fatal y perentorio ["Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, resolución del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004]— operó el día 23 de febrero pasado, sin perjuicio de que su presentación hubiera podido ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del día 24 (art. 69, CPP local, aplicable en virtud del art. 2°, LPTSJ).

En consecuencia, la queja presentada el día 24 de febrero a las 12.33 hs (fs. 58), es decir, fuera del "plazo de gracia", resulta extemporánea y debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por mi colega Ana María Conde. El recurso de queja presentado por el señor fiscal de Cámara no fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual no podrá prosperar.

2. El cargo impreso a fs. 4 y firmado por la Prosecretaria Administrativa de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 indica que el expediente fue recibido allí el día 12 de febrero de 2010 a las 11 hs, día que debe ser considerado para dar inicio al cómputo del plazo legal para acudir ante este Tribunal (conf. art. 57, CPP CABA).

3. No resulta relevante la fecha en que efectivamente la señora fiscal tomó conocimiento de las actuaciones ni la afirmación del señor fiscal de Cámara respecto de que la Fiscalía fue notificada el 17/2/2010, sino aquella otra en la cual el expediente fue recibido en dependencias del Ministerio Público (conf. el cargo ya citado). De lo contrario, el plazo legal quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva: la prontitud o tardanza con la que las actuaciones lleguen, finalmente, a conocimiento de quien debe tomar intervención; lo que restaría toda eficacia a la pauta legalmente establecida para regular la actuación de los sujetos procesales, generando así un privilegio.

4. El plazo de cinco días previsto por el art. 33, primer párrafo, de la ley 402 para la interposición de la queja vencía el día 23/2/2010, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 hs) del día 24/2/2010 (art. 69, CPP CABA, aplicable según art. 2º, ley 402). Sin embargo, el recurso de queja fue interpuesto ante este Tribunal después de vencido dicho plazo: el 24/2/2010, a las 12:33 hs (fs. 58).

Se constata, entonces, que el escrito fue presentado pasadas las dos primeras horas hábiles del sexto día posterior a la notificación del auto recurrido en queja.

5. Por las razones expuestas, voto por denegar la queja interpuesta a fs. 48/58.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde. La queja debe ser rechazada puesto que fue presentada luego de transcurrido el plazo perentorio para su interposición (art. 33, ley 402).

Respecto de la fecha en que debe considerarse notificada la decisión aquí cuestionada, deseo agregar que el representante del Ministerio Público Fiscal no ha dado argumento alguno que permita concluir que la remisión de las actuaciones efectuada por la Secretaria de la Cámara de Apelaciones "a fin de notificar el fallo" y su recepción por parte de la Prosecretaria Administrativa de la Fiscalía actuante (véase constancia y cargo de fs. 3 vta./4) no constituya un medio de notificación fehaciente efectuado en el lugar legalmente previsto para ello (arts. 54 y 57, CPP CABA, aplicables supletoriamente en razón de lo previsto en el art. 6º, ley 12). En definitiva, en el marco de las cuestiones suscitadas en el caso, de la lectura de las normas referidas no puede derivarse que la única forma de notificación posible a los representantes del Ministerio Público Fiscal —o el único tipo de "diligencia" al que se refiere el art. 57, CPP CABA— sea la "notificación personal" regulada en el art. 58 del mismo cuerpo normativo.

Por lo demás, debo agregar que, a pesar de la reforma de la ley 12 (ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010), el representante del Ministerio Público Fiscal no se encontraba legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad la decisión de la Cámara de Apelaciones que se pretende cuestionar en autos, dictada el 23/11/2009 y notificada el día 24/11/2009 —momento en el que regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria— y, derivado de ello, para interponer esta queja (conf., este Tribunal, *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art. 111 CC'", expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010, y sus citas).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 48/58.

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

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en los exptes. n° 7094/10 "Ministerio Público — Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Khurlopian, Eduardo s/inf. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"; nº 7095/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sánchez, Bravo, Martín s/infr. art(s). 111 CC'"; y nº 7096/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Graciela Mabel s/infr. art(s). 111 CC'", también del 30/6/2010.

CXLVI

"ASOCIACIÓN REDI (RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Norma de carácter general. Personas con necesidades especiales. Incorporación al sector público.

SUMARIO:

1. La norma cuestionada —art. 1º de la ley 3230, que prorroga por el término de un (1) año el plazo establecido en el art. 4º, segundo párrafo, de la ley 1502 que regula la incorporación de personas con necesidades especiales al Sector Público de la Ciudad— puede ser objeto de la impugnación declarativa directa de inconstitucionalidad pues cumple con el recaudo de ser de carácter general y emanada de las autoridades de la Ciudad, exigido por los arts. 113, inc. 2° de la CCBA y 17 de la LPTSJ. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SAO n° 7165/10 - 30/6/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación REDI (Red por los derechos de las personas con discapacidad), plantea a fs. 9/22 "acción declarativa de inconstitucionalidad contra el

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402) a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia del art. 1º de la ley 3230", que prorroga por el término de un (1) año el plazo establecido en el art. 4º, segundo párrafo, de la ley 1502 que regula la incorporación de personas con necesidades especiales al Sector Público de la Ciudad; por ser contrario a los arts. 42 y 43, CCBA; art. 75, inc. 23, C.N.; art. 26 , CADH; art. 2.1 del PIDESC; y Preámbulo y arts. 3°, 4°, inc. 5°, 5°, 19 y 27, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fs. 9).

2. A fs. 38/42 emite dictamen el señor fiscal general y, por los fundamentos que expone, propicia que se declare la inadmisibilidad formal de la acción en examen.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2°, de la ley 402.

2. La norma cuestionada (art. 1º, ley 3230) puede ser objeto de la impugnación declarativa directa de inconstitucionalidad, pues cumple con el recaudo de ser de carácter general y emanada de las autoridades de la Ciudad, exigido por los arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ.

3. La acción se basa en razones de naturaleza constitucional. 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.

En efecto, la actora sostiene que la norma cuestionada es violatoria de los arts. 42 y 43, CCBA; art. 75, inc. 23, C.N.; art. 26, CADH; art. 2.1, PIDESC; y Preámbulo y arts. 3º, 4º, inc. 5º, 5º, 19 y 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fs. 9).

4. La demanda da cumplimiento también a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56 y ss., *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).

Sostiene que la prórroga impuesta al cumplimiento de la ley 1502 se opone "a los principios del derecho internacional de los derechos humanos y no deja lugar

a duda respecto a que con ella se conculca un derecho humano fundamental, cuya concreción debería ser progresiva (y no regresiva)" —fs. 19 vta. y fs. 15.

Además, en el petitorio la accionante se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de la norma (fs. 22 vta.).

5. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta 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 el art. 21.

Así voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en cuanto expresa en los aparts. 1, 2 y 3 de su voto. En efecto, la parte actora se encuentra legitimada para iniciar esta acción, se trata de la impugnación de una norma de carácter general emanada de una autoridad de la Ciudad, y las objeciones que sustentan la acción exhiben razones de carácter constitucional.

2. En cuanto al requisito de fundamentación (art. 19, inc. 2º, ley 402), debo indicar que la demanda interpuesta no contiene un esmerado desarrollo argumental en relación al análisis de naturaleza constitucional que la sustenta. También es posible observar cierta falta de rigor expositivo al omitir señalar la jurisprudencia más reciente de este Tribunal respecto de la materia en debate.

No obstante ello, considero que el planteo central contiene fundamento suficiente para admitir la acción y permitir el debate de la cuestión en audiencia pública (conf. mi voto en las causas 6370/08 y 4807/06).

Por ello, oído el señor fiscal general en su dictamen, voto por declarar admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega la Dra. Ana María Conde. Aunque no se me escapa que los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada por la actora no son concluyentes para tener, a esta altura del proceso, configurados en el caso los presupuestos que condicionan la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, y tal como lo he propiciado en anteriores oportunidades [conf.: "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3881/05, resolución del 18/5/2005], considero que, ante la existencia de, cuanto

menos, duda razonable acerca de su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido.

En virtud de lo expuesto, sin perjuicio del examen de procedencia de la acción que pueda efectuarse tras escuchar el debate que las partes habrán de sustanciar en el proceso, entiendo que la presente acción declarativa de constitucionalidad resulta formalmente admisible.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 9/22.

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 treinta (30) días, para que comparezca y la conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesario producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

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

El juez Luis F. Lozano no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLVII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CLUB ATLÉTICO RIVER PLATE (CARP) Y OTROS S/INF. ART. 96, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos.
Clausura preventiva. Estadio de fútbol.

SUMARIOS:

1. De triunfar la pretensión del fiscal para que se disponga el efecto suspensivo del recurso de queja, este Tribunal vendría a restablecer la medida cautelar de

clausura preventiva (parcial) del estadio del Club Atlético River Plate —limitada sólo al campo y para que no se desarrollen espectáculos artísticos masivos—, pero para obrar excepcionalmente de la forma pretendida, la argumentación del fiscal debió encaminarse a demostrar concretamente en qué consistía la urgencia o el peligro en la demora, de manera tal que tornara mínimamente plausible a la denuncia efectuada acerca de "la posibilidad de riesgo" para el medio ambiente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Si no se acreditan razones que permitan hacer excepción a la regla según la cual la queja no suspende el curso del proceso (art. 33, cuarto párrafo, ley 402), no cabe hacer lugar a tal solicitud. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF nº 7195/10 - 2/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Ministerio Público Fiscal comenzó una investigación por la supuesta violación del art. 96 del CC en ciertos conciertos desarrollados, entre otros lugares, en el Club Atlético River Plate (CARP). En ese marco, solicitó la clausura preventiva del estadio del CARP para la realización de espectáculos musicales hasta tanto se realizara y aprobara el estudio de impacto ambiental contemplado en el art. 5º de la ley 123 (art. 29, ley 12). Esa petición fue denegada en primera instancia. La Fiscalía apeló la decisión.

El 29/1/2010, la Sala de Feria de la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas revocó la resolución mencionada y, en consecuencia, dispuso la clausura preventiva parcial del estadio del CARP para el desarrollo de eventos musicales masivos, acotando sus límites al campo de juego del predio mencionado, hasta tanto se presentara un certificado de aptitud ambiental (fs. 144/163).

2. El 10/2/2010 la firma "T4F Entretenimientos Argentina S.A." (T4F), organizadora en el estadio de un recital musical a realizarse el día 26/2/2010, solicitó ante el juzgado de primera instancia, el levantamiento de la clausura ordenada por la Cámara (fs. 164/173). La jueza interviniente rechazó la petición (fs. 179/180). La empresa "T4F" apeló el decisorio reseñado (fs. 181/183). La Sala II de la Cámara, el 19/2/2010, hizo lugar a la apelación presentada y, en consecuencia, ordenó el levantamiento de la clausura dispuesta (fs. 195/197). La Fiscalía requirió a la Cámara que el levantamiento de la clausura no fuera ejecutado hasta tanto transcurriera el plazo para recurrir la decisión (fs. 198). La Sala II rechazó la petición formulada (fs. 201).

3. La Fiscalía ante la Cámara, finalmente, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión del 19/2/2010, ya mencionada, que ordenó el levantamiento de la clausura preventiva (fs. 209/223). La Sala II declaró inadmisible ese recurso (fs. 235/238), lo que motivó la interposición de esta queja (fs. 48/65).

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que "disponga el efecto suspensivo" del recurso, en los términos del art. 33 de la ley 402 (fs. 243/250).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

En mi opinión, la suspensión peticionada en el punto IV del dictamen del señor fiscal general adjunto (obrante a fs. 243/250) no puede prosperar.

En efecto, si triunfase la pretensión del distinguido fiscal este Tribunal vendría a restablecer la medida cautelar de clausura preventiva (parcial) del estadio del Club Atlético River Plate —limitada sólo al campo y para que no se desarrollen espectáculos artísticos masivos—, porque, si se suspendieran los efectos del pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara *a quo*, nuevamente cobraría virtualidad la decisión de primera instancia. Ahora bien, más allá de lo que corresponda decidir a la hora de evaluar el mérito de esta queja y eventualmente del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra una decisión que —en el mejor de los escenarios— podría ser equiparada a una "sentencia definitiva" (art. 27, ley 402), considero que, para que este Tribunal obrara *excepcionalmente* de la forma pretendida, la argumentación del fiscal debió encaminarse a demostrar concretamente en qué consistía la urgencia o el peligro en la demora, de manera tal que tornara mínimamente plausible a la denuncia efectuada acerca de "la posibilidad de riesgo" para el medio ambiente. Lo cierto es que la materia cautelar, por regla, no puede ser objeto de consideración por vía del recurso de inconstitucionalidad y nada en el caso indica la necesidad de que el Tribunal anticipe su evaluación sobre la pertinencia de hacer una excepción a dicha regla —por ejemplo, no se alega que, en lo inmediato, podría tener lugar un espectáculo de las características de los que se ha pretendido evitar.

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo expone la doctora Ana María Conde en su voto, en el caso 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, párr. 4º, ley 402), por lo que no cabe hacer lugar a lo solicitado (conf. mi voto *in re* "Tossi, Mauro Albis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nanfra, Damián Rodrigo y Tossi, Mauro Albis (responsables del local Eleven) s/inf. art. 82, CC'", expte. n° 6390/09, resolución del 31/3/2009, y sus citas, entre otros).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja planteado por el Ministerio Público Fiscal se dirige a cuestionar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que planteara contra la decisión de la Cámara de Apelaciones que levantó la clausura preventiva del estadio del CARP. En ese contexto, el pedido del señor fiscal general adjunto dirigido a que se "disponga el efecto suspensivo" de la queja conlleva —lisa y llanamente— la pretensión de restablecer la clausura preventiva mientras se sustancia y resuelve la impugnación formulada por su parte, razón por la cual no corresponde hacer lugar a la solicitud de que se otorgue efecto suspensivo al recurso de queja planteado a fs. 48/65.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de que se otorgue efecto suspensivo al recurso de queja planteado a fs. 48/65.

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

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLVIII

"SERVICIOS INTEGRALES S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La vía federal intentada no puede prosperar ya que la interpretación de las diversas disposiciones infraconstitucionales que regían la vida del contrato de obra pública y la determinación de las consecuencias patrimoniales derivadas de su incumplimiento, remite a la consideración de aspectos propios del derecho público local, de derecho común, de índole procesal y a la valoración de circunstancias de hecho y prueba, temas que por regla resultan ajenos a la vía extraordinaria. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. El recurso extraordinario federal articulado por la demandada busca obtener la revisión de una sentencia que funda la solución de modo suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales invocadas que, por tanto, carece de relación directa con la decisión atacada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

3. El recurso extraordinario debe ser rechazado, en lo concerniente al planteo de arbitrariedad de sentencia, ya que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6616/09 - 6/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1167/1180) contra la resolución de fecha 21/4/2010 por la que el Tribunal hizo lugar parcialmente al recurso ordinario de apelación que dedujera su parte (fs. 1048 y fs. 1073/1090).

2. La parte actora contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso interpuesto (fs. 1186/1193).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

1. El recurso extraordinario federal articulado por el GCBA fue presentado en tiempo y forma; sin embargo, no puede prosperar.

2. En primer término, corresponde recordar que en la presente causa se ventila una acción iniciada por la empresa INMAR S.A. para lograr que se declare judicialmente la rescisión —por culpa de la Administración— de un contrato de obra pública celebrado en su momento con la ex MCBA y se condene a la comitente a abonar la deuda impaga y los daños y perjuicios derivados del alegado incumplimiento contractual.

3. En este contexto, en el escrito recursivo de la demandada se objeta la interpretación y alcance asignado por el Tribunal al Acuerdo de modificación del contrato y refinanciación de la deuda suscripto por INMAR S.A. (cedente de sus derechos a la firma Servicios Integrales S.A.) y la ex Municipalidad de la Ciudad

de Buenos Aires, el 1º/12/1990. También se controvierte la valoración efectuada respecto de la conducta adoptada por las partes a lo largo de la relación contractual que las vinculó, situación que llevó al Tribunal a confirmar la decisión tomada por los jueces de la causa en punto a la validez y justificación legal de la paralización de la obra y a la legitimidad de la rescisión reclamada por la empresa contratista. Asimismo, en este aspecto, se cuestiona que el Tribunal haya considerado que las objeciones formuladas en el recurso ordinario de apelación oportunamente deducido por el GCBA no resultaran idóneas para poner en crisis la interpretación de las normas infraconstitucionales que los jueces de la causa entendieron aplicables al caso (ley 13.064).

En otro orden, se objeta la interpretación formulada con relación a las disposiciones de la ley 23.982, vinculadas con el endeudamiento de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la posible consolidación de sus deudas en el Estado nacional, que el Tribunal desestimó con sustento en razones de índole procesal —falta de intervención de la Nación en el proceso.

Se ataca también la distribución de costas.

4. Desde esta perspectiva, entendemos que todo lo que hace a la interpretación de las diversas disposiciones infraconstitucionales que regían la vida del contrato de obra pública involucrado en estos autos y a la determinación de las consecuencias patrimoniales derivadas de su incumplimiento, en el caso, remite a la consideración de aspectos propios del derecho público local, de derecho común, de índole procesal y a la valoración de circunstancias de hecho y prueba, temas que por regla resultan ajenos a la vía extraordinaria intentada.

Es más, la sola enunciación de los agravios que el GCBA dirige contra el pronunciamiento dictado por este Tribunal pone en evidencia que no se encuentra en tela de juicio cuestión federal alguna que deba ser atendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14, ley 48). Antes bien, los argumentos expuestos por el recurrente muestran únicamente su discrepancia con la solución alcanzada, y no una crítica concreta de los distintos aspectos considerados y decididos en la sentencia objeto del recurso, ni siquiera en cuanto ella pueda llegar a vincularse de alguna manera a cuestiones de índole federal.

5. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que efectúa el recurrente para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 17, 18, 19 y 31, C.N.), dado que —en el caso— no se ha acreditado la necesaria correspondencia que debe existir entre los derechos y principios constitucionales que se afirma conculcados y la decisión adoptada, ni se ha controvertido los fundamentos de la sentencia sobre esa base (art. 15, ley 48). En otras palabras, el recurso extraordinario federal articulado por la demandada busca obtener la revisión de una sentencia que funda la solución impugnada de modo suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales invocadas que, por tanto, carecen de relación directa con la decisión atacada.

La CSJN ha establecido, al respecto, que la mención genérica a preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos*, 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306, entre muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, 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; 268:247), situación que no se verifica en el caso. 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,* 310:2306).

En este sentido, corresponde consignar que el escueto planteo formulado por el GCBA a fs. 1177 acerca de la imposición de costas —con invocación de una supuesta lesión a su derecho de propiedad— ni siquiera se refiere a lo decidido por este Tribunal el 21/4/2010, sino a lo resuelto por el juez de primera instancia con fecha 22/9/2007, asunto que, por lo demás, no fue traído hasta este estrado en el memorial de agravios de fs. 1073/1090, circunstancia que parece reflejar una lectura cuanto menos desprolija del pronunciamiento que ahora se ataca.

6. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia esgrimido, entendemos que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Ello, desde ya no impide recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, 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; 323:2196, entre otros).

7. Finalmente, resta señalar que el GCBA no ha dado cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, se ha omitido efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada

es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

Tampoco el recurrente ha logrado demostrar que el gravamen que el pronunciamiento afirma le ocasiona no derive de su propia actuación (art. 3º, inc. c).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal articulado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 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).

Así lo votamos.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 1160, punto 3.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CXLIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CORBALÁN, SERGIO ALBERTO C/GCBA S/RESPONSABILIDAD MÉDICA'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos.

SUMARIO:

1. Cuando se solicita la suspensión del curso del proceso en el recurso de queja, el recurrente debe demostrar cuáles son concretamente los perjuicios que le ocasionaría la no suspensión de él. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6936/09 - 7/7/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Lidia de Jesús Altamirano (actualmente fallecida) inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados —según afirmó— por "la mala praxis médica que le fue realizada en el Hospital Argerich dependiente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en oportunidad de una aplicación de quimioterapia en su mano izquierda. Cuantificó los daños que reclamó (comprensivo de los rubros daños material, moral y psicológico y lucro cesante) en la suma de $ 175.000 (pesos ciento setenta y cinco mil), "y/o lo que en más o menos resulta de la prueba que se realizará en autos".

El juez de primera instancia, con fecha 19/3/2008, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó al GCBA a abonar al cesionario de la actora la suma de veinte mil pesos ($ 20.000).

2. Apelado el decisorio por ambas partes, la Sala II de la Cámara CAyT, confirmó la sentencia apelada en forma parcial, mantuvo el monto indemnizatorio otorgado en concepto de daño moral y revocó la sentencia de grado en cuanto no hizo lugar a los rubros daños material, lucro cesante y daño psicológico, concediendo —para dichos— los montos indemnizatorios de ocho mil ($ 8.000), ($ 9.000) y tres mil ($ 3.000) respectivamente.

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio lugar a la queja obrante a fs. 85/107 vta.

4. El juez de trámite —de conformidad a lo deliberado en el acuerdo del día 2/6/2010— requirió a la Sala interviniente la remisión de los autos principales y dejó sin efecto el llamado de autos al Acuerdo (fs. 121).

El GCBA solicitó la suspensión del proceso (fs. 125 y vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. El art. 33, LPTSJ, establece, en lo pertinente, que: "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".

La petición que en ese sentido efectúa el GCBA debe ser resuelta en forma previa a decidir la queja.

2. El GCBA funda el pedido de suspensión de la siguiente manera: "…toda vez que dichas actuaciones se encuentran en trámite de cobro de honorarios profesionales, que mi parte —aun habiendo interpuesto el presente recurso de hecho— se ve compelida a pagar a efectos de evitar medidas cautelares que puedan afectar su normal desenvolvimiento, se solicita a V.E. que en virtud de la facultad que le confiere el art. 33 *in fine* de la ley 402, expresamente disponga la suspensión del proceso hasta tanto se expida respecto de esta queja".

Como se dijo en los autos "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, resolución del 21/9/2006, el recurrente debe demostrar al solicitar la concesión de efecto suspensivo cuáles serían concretamente los perjuicios que le ocasionaría la no suspensión del proceso que peticiona. Gravámenes que, en el caso, no resultan evidentes teniendo en cuenta el monto de la condena al pago de honorarios que el Estado local debería sufragar (fs. 58 vta.). Tampoco se expresa por qué razón los eventuales perjuicios que el cumplimiento de la condena pudiera ocasionar al GCBA no podrían ser reparados posteriormente, en caso de que el recurrente resulte, finalmente, vencedor en el juicio.

Por esas razones, el pedido de suspensión del proceso efectuado por el demandado (GCBA) debe ser rechazado.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de la queja.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CL

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SUÁREZ, MARÍA DEL CARMEN Y OTROS C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA AL GOBIERNO DE LA CIUDAD: Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. DOMICILIO: Denunciado o constituido. Aplicación del Código Contencioso Administrativo y Tributario. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Derecho público local. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja que no contiene una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y donde los agravios del recurrente no alcanzan a conmover las razones que tuvo en cuenta la Cámara para rechazar la impugnación constitucional fundadas en la ausencia de sentencia definitiva o equiparable, y de caso constitucional. *(Voto de la señora*

jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).

2. Las sentencias que rechazan el incidente de nulidad de notificación de la demanda no revisten el carácter de definitivas, ya que no ponen fin al proceso ni impiden su continuación, no obstante pueden equipararse a una definitiva, en la medida que ocasione un agravio de imposible reparación ulterior que ineludiblemente debió ser alegado y acreditado por el GCBA recurrente, donde todas las cuestiones expresadas revisten generalidad y falta de precisión, lo que constituye un defecto argumental insalvable. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Cuando se debe notificar la demanda al GCBA, el CCAyT no prevé un procedimiento similar al regulado en el art. 339 CPCCN, de modo que el GCBA no puede pretender aplicar supletoriamente el art. 339 CPCCN pues no posee ningún fundamento legal, ello entra en contradicción con el procedimiento de notificación establecido en el propio CCAyT, e implicaría una seria violación a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, dado que algunas de las características más importantes de dicha autonomía son la facultad de la CABA de someterse a sus propios jueces, y la de dictar las correspondientes normas procesales según las cuales será juzgada, cuestiones éstas de derecho público local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Es acertado el principal argumento en que se fundó la Cámara para confirmar el rechazo del pedido de nulidad de notificación de la demanda pues la cédula fue debidamente diligenciada y el domicilio al cual fue cursada es correcto, ya que coincide con el previsto en el art. 34 CCAyT, y es idéntico al que posteriormente constituyó la Procuración General, de modo que la controversia queda reducida sólo a que en la cédula, al referirse al tipo de domicilio, decía "constituido" en lugar de decir "denunciado", pero el instrumento efectivamente llegó a la sede de la Procuración General, tal como lo ordena el CCAyT y como lo dispuso el juez de grado en su providencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La recurrente intenta someter a conocimiento del Tribunal planteos que sólo giran en torno a aspectos procesales, de hecho y de prueba, cuyo examen, por regla, pertenece a los jueces de la causa sin demostrar que en el *sub examine* haya mediado una absoluta carencia de fundamentación al decidir el pleito o un apartamiento inequívoco de las normas adjetivas que efectivamente rigen el caso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6923/09 - 7/7/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. María del Carmen Suárez y Enrique Luis Armengol, ambos a través de su apoderada Virginia Calero, y en representación de su hijo menor M. E. A., promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante

GCBA), por los daños y perjuicios sufridos por el menor con motivo del siniestro que tuvo lugar el día 30/12/2004 en el local bailable República Cromagnon (fs. 1/15 vta. de esta queja).

Posteriormente se presentó Matías Enrique Armengol, habiendo alcanzado la mayoría de edad, a tomar la intervención legal correspondiente (fs. 28/28 vta. de esta queja).

2. Notificada la demanda el día 23/5/2008 (fs. 37 vta. de esta queja), el GCBA presentó su contestación el día 25/11/2008 (fs. 116/152 de esta queja).

Planteó la nulidad de la notificación de la demanda efectuada y solicitó que se ordene una nueva conforme los términos del ordenamiento procesal vigente.

Afirmó que la cédula fue dirigida al domicilio constituido, en franca violación a lo dispuesto por el art. 339 del CPCCN, aplicado en forma supletoria al CCAyT, que expresamente dispone que la citación al demandado debe hacerse al domicilio real. Que por tal razón la cédula llegó súbitamente seis meses después a la representación letrada del GCBA. Asimismo, entendió que si bien figura en la cédula como fecha de supuesta notificación el 23/5/2008, el instrumento fue conocido por la Procuración el día 21/11/2008, motivo por el cual consideró que la contestación de la demanda fue introducida en término, ya que se efectuó dentro del plazo de cinco días de dicha fecha, en la cual la representación letrada tomó conocimiento del pleito. Agregó que no existe ninguna constancia de que el magistrado haya ordenado por alguna razón notificar la demanda al domicilio constituido, pues si así hubiese sido, dicha razón debió haber constado en la cédula a fin de que el GCBA tomara conocimiento de ello. Por último, entendió que el perjuicio que causa a la demandada la irregular notificación vulnera derechos de raigambre constitucional, específicamente el derecho de defensa en juicio y el derecho de propiedad.

Subsidiariamente contestó demanda y ofreció prueba.

3. La jueza de primera instancia resolvió rechazar *in limine* el planteo de nulidad efectuado por la demandada. Para así decidir, destacó que conforme lo dispuesto en los arts. 132 y 152 del CCAyT, la nulidad procede siempre que la irregularidad sea grave e impida al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se le notifica. En este sentido, toda vez que la notificación fue dirigida al domicilio de la calle Uruguay 458 de la CABA correspondiente a la Procuración General, el que posee carácter constituido en virtud de lo establecido en el art. 34 del CCAyT, la parte se encontró debidamente notificada. En virtud de ello, consideró que la presentación en despacho devino extemporánea. Acto seguido se practicó el correspondiente desglose de la pieza (fs. 39 de esta queja).

4. El GCBA presentó recurso de reposición con apelación en subsidio. Desestimado el primero (fs. 47 de esta queja), se elevaron las actuaciones a la Cámara, que resolvió rechazar también el recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 153 y vta. de esta queja), con argumentos similares a los de la jueza de grado, toda vez que la notificación —más allá de haber sido dirigida al domicilio consti-

tuido, y no al real— logró cumplir con su finalidad, careciendo la nulidad marcada de entidad suficiente como para anular el acto.

Respecto de la confusión invocada por la demandada generada en su propia sede por el tratamiento de la notificación en cuestión, la Cámara sostuvo que dicho agravio resulta improcedente, toda vez que nadie puede alegar su propia torpeza y menos aún involucrar en la misma a la otra parte.

5. Ante dicha decisión, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 72/88 de esta queja), el cual no fue contestado por la actora.

Alegó que la resolución impugnada se trata de una sentencia equiparable a definitiva porque la cuestión no puede volver a ser planteada y causa un gravamen de imposible e insuficiente reparación ulterior, en cuanto se impide integrar correctamente la litis. Sostuvo que la sentencia recurrida es arbitraria por apartamiento de la normativa legal aplicable al caso, y que viola las garantías de defensa en juicio y debido proceso, dejando al GCBA en una situación de indefensión al tener por presentada fuera de término su contestación. Agregó que, al declararse extemporánea la presentación se ha impedido la citación de terceros solicitada, configurándose así en el caso un supuesto de gravedad institucional por denegación de justicia. Citó doctrina y jurisprudencia.

6. La impugnación constitucional fue declarada inadmisible por la Sala II de la Cámara CAyT, toda vez que no fue dirigida contra una sentencia que revista calidad de definitiva. Sin perjuicio de ello agregó que no se ha planteado un caso constitucional ni se configuró en el caso un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 93/94 de esta queja).

7. Disconforme con dicha resolución, el GCBA interpuso la correspondiente queja de acuerdo con lo establecido en el art. 33 de la ley local 402 (fs. 99/112 de esta queja).

Remitidas las actuaciones en vista a la Fiscalía General, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja interpuesta (fs. 174/175 vta. de esta queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja fue presentada por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, ley local 402), no obstante lo cual debe ser rechazada, ya que no contiene una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Los agravios expresados por el recurrente no alcanzan a conmover las razones que tuvo en cuenta la Cámara para rechazar su impugnación constitucional: la ausencia de sentencia definitiva o equiparable, y de caso constitucional.

2. En sus recursos de inconstitucionalidad y queja, el GCBA intentó establecer un caso constitucional sobre la base de la afectación del derecho de defensa en juicio y la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara, en tanto dispuso el rechazo

de su recurso de apelación, y confirmó la resolución de primera instancia que no hizo lugar al pedido de nulidad de la notificación de la demanda.

Sostuvo que, al tener por no presentada la contestación de demanda en tiempo y forma, y ordenar el desglose del libelo, la resolución la privó de trabar correctamente la litis y presentar todas sus defensas en el proceso, motivo por el cual dicha decisión debía equipararse a una sentencia definitiva, y dejarse sin efecto. Asimismo, entendió que el fallo es arbitrario, toda vez que se aparta de la normativa aplicable, que establece que la demanda debe ser notificada al domicilio real.

3. Reseñado de tal manera el planteo impugnatorio del recurrente, en una primera aproximación cabe descartar la existencia de *sentencia definitiva o equiparable*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en numerosos precedentes, que las sentencias que rechazan el incidente de nulidad de notificación de la demanda no revisten el carácter de definitivas, ya que no ponen fin al proceso ni impiden su continuación (*Fallos,* 243:498; 246:135; 261:27; 302:237 y 768; 304:353; 307:515; 313:1492; 319:227). Estos conceptos, referidos al recurso extraordinario federal, son igualmente aplicables al recurso de inconstitucionalidad local, atento las semejanzas —en cuanto a este requisito— entre ambas vías recursivas.

Sin embargo, este tipo de resoluciones puede equipararse a una definitiva, en la medida que ocasione un agravio de imposible reparación ulterior (*Fallos,* 320:448), el que ineludiblemente debe ser alegado y acreditado por el recurrente. Pero en este supuesto el GCBA no invoca un agravio con tales características, sino que, por el contrario, todas las cuestiones expresadas revisten generalidad y falta de precisión, lo que constituye un defecto argumental insalvable.

En efecto, el GCBA sostiene que "En este caso, no cabe duda que conforme a las reglas y antecedentes antes enunciados el presente supuesto encuadra dentro del concepto de sentencia asimilable a definitiva porque de hecho se impide el replanteo de la cuestión en otro juicio y causa un gravamen de imposible e insuficiente o *(sic)* reparación ulterior, en cuanto se impide a nuestra parte integrar la litis por no haberse admitido el planteo de nulidad de la notificación de la demanda y, en consecuencia, por haberse ordenado el desglose de la pieza en la que se planteó la nulidad de la notificación y se contestó en subsidio la demanda" (punto III del recurso de inconstitucionalidad, fs. 73 vta.). Como podemos apreciar, no se indican cuáles han sido las defensas que se vio privado de oponer, ni tampoco se argumenta por qué la falta de citación de terceros le causa un perjuicio irreparable, lo que transforma en dogmáticas las afirmaciones del recurrente.

4. Si bien lo expuesto precedentemente resulta suficiente para desestimar el recurso de hecho incoado, cabe agregar que tampoco se configura en autos un genuino *caso constitucional*.

4.1. En primer lugar, determinar si una notificación cumple los requisitos pertinentes, obliga a analizar los hechos de la causa y la normativa procesal aplicables,

cuestiones de indudable naturaleza infraconstitucional y —en principio— ajenas a la presente vía recursiva extraordinaria.

4.2. Por otro lado, la actora no demuestra que la sentencia recurrida presente defectos insalvables que tornen procedente la tacha de arbitrariedad.

La Cámara, para confirmar la sentencia de primera instancia que había rechazado *in limine* el incidente de nulidad de notificación de la demanda, se basó en los siguientes fundamentos: *i)* que si bien la cédula debió indicar como tipo de domicilio "real" y no "constituido", lo cierto es que tal irregularidad carece de entidad para anular el acto, ya que la notificación cumplió su finalidad, habida cuenta que fue diligenciada en el domicilio de la Procuración General, que de acuerdo al art. 34 CCAyT es el domicilio constituido del GCBA; y *ii)* que la confusión alegada por la demandada, generada en el seno de su sede por el tratamiento de la notificación en cuestión, no constituye un argumento válido para lograr anular el acto, ya que nadie puede alegar su propia torpeza (véase apart. 4, fs. 153 vta.).

La recurrente debió haber rebatido dichos fundamentos mediante argumentos claros y precisos, pero no lo hizo, se limitó a invocar profusa doctrina y jurisprudencia (véase punto V del recurso de inconstitucionalidad, fs. 76 vta./85 vta., y punto VI de la queja, fs. 102 vta./109 vta.), pero no la relacionó con el caso en cuestión.

4.3. Además, las críticas contenidas en el pedido de nulidad de la notificación de la demanda, presentan un serio error conceptual, que vale la pena poner en resalto.

En esa presentación, el recurrente sostuvo que "...dicha cédula fue dirigida al 'domicilio constituido', en franca violación a lo dispuesto por el art. 339 del CPCCN, aplicado en forma supletoria al CCAyT, que expresamente dispone, que la citación del demandado, se hará en el domicilio real, denunciado por la contraria.// El método utilizado para notificar a mi parte el traslado de la demanda, se cuestiona en atención a que, debiendo haber sido cursada la cédula al domicilio denunciado, debió el oficial notificador cerciorarse de tal circunstancia y requerir el comparendo y la firma de la persona o representante de quien se pretendía notificar..." (véase fs. 116 vta.).

El art. 339 del CPCCN establece un trámite especial para la notificación de la demanda en las causas civiles y comerciales. En tales casos la demanda se notifica por cédula dirigida al domicilio del demandado denunciado por el actor, mediante el siguiente procedimiento: "La citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real, si aquél fuere habido (…) Si no se le encontrare, se le dejará aviso para que espere al día siguiente y si tampoco entonces se le hallare, se procederá según se prescribe en el art. 141...".

Por otra parte, el CCAyT establece dos procedimientos distintos para la notificación de la demanda, según sea demandado el Estado porteño o un particular:

a) cuando el demandado es una autoridad administrativa local, el procedimiento de notificación de la demanda está previsto en el art. 278 CCAyT, según el cual "La demanda se notifica por cédula dirigida a la autoridad

administrativa. Cuando se demande al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o a toda otra entidad representada judicialmente por la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, la cédula se dirige al Procurador General; en el caso de las restantes entidades descentralizadas, debe dirigirse a su autoridad superior". Y en cuanto al lugar de la notificación, el art. 34 CCAyT dispone que "A todos los efectos de este código se interpreta que el domicilio constituido del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, es la sede de la Procuración General, donde también lo constituye toda otra entidad representada judicialmente por ésta";

b) cuando la autoridad administrativa es parte actora, el art. 287 —en lo pertinente— establece que "...no son de aplicación los artículos (...) 276, 278 (...) La notificación de la demanda se realiza por cédula dirigida al domicilio real de la parte.// Si no se le encontrare, se le debe dejar aviso para que espere al día siguiente y si tampoco entonces se le hallare, se procede según se prescribe en el art. 124...". Por su parte, el art. 124 dispone que "Cuando el/la notificador/a no encuentre a la persona a quien va a notificar, debe entregar la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al/la encargado/a del edificio, y proceder en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarla, debe fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares".

Como podemos apreciar, cuando se debe notificar la demanda al GCBA, el CCAyT no prevé un procedimiento similar al regulado en el art. 339 CPCCN. Sí lo contempla cuando el demandado es un particular (art. 287 CCAyT), que no es este caso.

Por lo tanto, pretender aplicar *supletoriamente* el art. 339 CPCCN en este supuesto, es un intento que *i)* no posee ningún fundamento legal —ya que la pretendida aplicación supletoria no está prevista en ninguna norma del ordenamiento jurídico local—, *ii)* entra en contradicción con el procedimiento de notificación establecido en el propio CCAyT, y además *iii)* implicaría una seria violación a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, dado que algunas de las características más importantes de dicha autonomía son la facultad de la CABA de someterse a sus propios jueces, y la de dictar las correspondientes normas procesales según las cuales será juzgada, cuestiones éstas de derecho público local.

4.4. Y por último, a mayor abundamiento cabe afirmar que el principal argumento en que se fundó la Cámara para confirmar el rechazo del pedido de nulidad de notificación de la demanda —que dicha notificación cumplió su finalidad—, es acertado. Y es que la cédula fue debidamente diligenciada y el domicilio al cual fue cursada la cédula respectiva es correcto, ya que *i)* coincide con el previsto en el art. 34 CCAyT, y *ii)* es idéntico al que posteriormente constituyó la Procuración General.

Por lo tanto, la controversia queda reducida sólo a que en la cédula, al referirse al tipo de domicilio, decía "constituido" en lugar de decir "denunciado", pero el

instrumento efectivamente llegó a la sede de la Procuración General, tal como lo ordena el CCAyT y como lo dispuso el juez de grado en su providencia.

Además, tampoco existe diferencia justificable en el tratamiento de la notificación, toda vez que la cédula fue recepcionada por una persona (véase fs. 37 vta. de la queja), y en ningún momento del proceso el GCBA desconoció a dicho sujeto, ni negó que el instrumento de notificación haya sido recepcionado por un agente de la Procuración General.

Asimismo, el recurrente sólo se limitó a invocar, pero de ninguna manera acreditó, algunas razones que difícilmente puedan llegar justificar semejante retraso en la contestación de la demanda. Hizo alusión a un diferente trato para las cédulas recibidas en la Procuración, según hayan sido diligenciadas en carácter de domicilio "denunciado" o "constituido", pero no acompañó ningún acto administrativo interno, ni alguna otra prueba, que especifique cómo son estos procedimientos, o de qué manera el hecho de haber consignado el actor la palabra "constituido" en lugar de "denunciado" provocó a la Procuración el desconocimiento de la demanda en tiempo oportuno y la correspondiente tardanza para contestarla.

Cabe destacar, además, que la Ciudad tampoco ofreció argumentos razonables para explicar cómo es que una cédula recibida el 23/5/2008 en la cual se encuentra consignado el domicilio como "constituido" normalmente puede llegar a ser conocida por el órgano recién el 21/11/2008. Al no existir en el Código ningún tipo de resolución o providencia que otorgue un plazo tan amplio para contestar o recurrir, el argumento de la Ciudad cae por su propio peso. Recordemos que el plazo para contestar demanda es notoriamente superior a muchos otros que se notifican durante el proceso (al domicilio constituido), motivo por el cual la lógica indica que cualquiera sea el tratamiento diferenciado por el carácter del domicilio que figura en la cédula, las dirigidas al constituido deberían ser conocidas mucho antes por la Procuración, y no al revés.

Todo parece indicar, entonces, que no existen razones serias que justifiquen la extemporaneidad.

4.5. En virtud de las consideraciones precedentemente desarrolladas, cabe concluir que, más allá de las deficiencias argumentales que presentan los recursos de inconstitucionalidad y queja deducidos por el GCBA, no existe violación alguna al derecho de defensa y debido proceso del GCBA, ni tampoco se constata un supuesto de arbitrariedad en la sentencia de la Cámara.

5. En cuanto a la invocación relativa a la existencia de un supuesto de *gravedad institucional,* tal como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación —al referirse al recurso extraordinario federal, pero mediante conceptos que son igualmente aplicables al recurso de inconstitucionalidad local—, ella se configura sólo cuando lo decidido excede el interés individual de las partes y atañe también al de la colectividad (*Fallos,* 247:601; 255:41; 290:266; 292:229; entre otros).

El criterio de valoración de esta causal de génesis pretoriana debe ser estricto, pues a su abrigo es posible obviar la inexistencia o irregularidad de ciertos requisitos particularmente formales del recurso de inconstitucionalidad (Palacio, Lino E., *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 272).

Por lo tanto, el recurrente tenía la carga de demostrar de manera indudable la concurrencia de gravedad institucional, mediante un serio y concreto razonamiento (*Fallos,* 311:318), que ha obviado en su presentación. Obstan a la admisión de su pretensión recursiva los términos genéricos en los que la ha formulado (*Fallos,* 307:973) y la naturaleza dogmática de sus afirmaciones (*Fallos,* 305:2067).

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada por el GCBA.

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. Coincido con la solución que propone la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 99/111 vta.).

2. Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo no se verifica en la causa.

3. La lectura de la queja permite advertir que el GCBA no cuestionó, siquiera mínimamente, las razones expresadas en el auto de fs. 93/94.

El escrito en análisis abunda en consideraciones generales carentes de toda vinculación argumental con lo resuelto.

Las circunstancias indicadas privan de sustento a la presentación directa y bastan para justificar su rechazo.

4. Por ello, voto por rechazar la queja que dedujera el GCBA (fs. 99/111 vta.).

El juez JOSÉ *O.* CASÁS *dijo:*

1. Tal como lo señala la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la queja interpuesta por el GCBA a fs. 99/112 debe ser rechazada. Ello así, puesto que la recurrente no ha logrado poner en crisis los diversos fundamentos brindados por el tribunal *a quo* para denegar el recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido.

2. En particular, resultaba menester que la demandada cuestionara lo expresado por la Cámara CAyT en punto a que la decisión objetada —que rechazó el planteo de nulidad de la notificación que se le cursara y declaró extemporánea la presentación de su escrito de contestación de demanda— no constituía una sentencia equiparable a definitiva. Sin embargo, en este punto se advierte que las manifestaciones contenidas en la queja a estudio sólo reiteran consideraciones esgrimidas

por el GCBA con anterioridad mas no se hacen cargo de rebatir aquel aspecto de la decisión de fecha 24/11/2009.

Así las cosas, no puede afirmarse sin más que el decisorio cuestionado sea susceptible de ser impugnado por la vía prevista en el art. 113, inc. 3°, de la CCBA; máxime cuando nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado en numerosas ocasiones que no revisten carácter definitivo a los fines del recurso extraordinario federal las resoluciones que disponen dar por perdido el derecho de contestar la demanda (conf. doctrina de *Fallos,* 296:751; 302:1174; 306:431; 307:515, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Por otro lado, el GCBA tampoco ha logrado acreditar que en el caso haya configurado un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

Si bien la recurrente sostiene que en el caso se habrían vulnerado sus derechos de defensa en juicio y de propiedad e invoca la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, no logra establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invoca y el contenido de la decisión recurrida. En este punto, la Cámara CAyT expresamente valoró las constancias de la causa y las normas de derecho procesal local en juego (arts. 34, 132 y 152, CCAyT) para concluir que no correspondía hacer lugar al planteo de nulidad esgrimido, en tanto la notificación del traslado de la demanda cursada por cédula al domicilio de la Procuración General de la Ciudad —y efectivamente recepcionada en aquel lugar por su propio personal— había cumplido la finalidad para la que estaba destinada, sin que se pudiera atribuir a la irregularidad señalada la confusión generada en la sede del GCBA para el tramite interno del documento en cuestión.

Así las cosas, más allá del acierto o error del criterio adoptado por el *a quo*, se advierte que la interesada intenta someter a conocimiento del Tribunal planteos que sólo giran en torno a aspectos procesales, de hecho y de prueba, cuyo examen, por regla, pertenece a los jueces de la causa sin demostrar que en el *sub examine* haya mediado una absoluta carencia de fundamentación al decidir el pleito o un apartamiento inequívoco de las normas adjetivas que efectivamente rigen el caso.

Resulta oportuno recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros). En este sentido, este Tribunal ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal *in re* “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”,

expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

4. Por último, el planteo esbozado por el GCBA referido a la doctrina de la "gravedad institucional" —elaborada por nuestro tribunal cimero y consolidada a partir de la causa "Jorge Antonio", *Fallos,* 248:189, sentencia del 28/10/1960— tampoco puede prosperar, pues no aparece respaldado 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).

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CLI

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 1— S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA, EN: 'PARRILLI, ROSA ELSA S/INF. ART(S). 149 BIS, AMENAZAS —C.P. (P/L 2303)'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Archivo de actuaciones.

Expte. SAPCyF n° 7346/10 - 7/7/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 212/214 el señor fiscal de Cámara Nº 1 en lo Penal, Contravencional y de Faltas denunció ante el Tribunal el retardo de justicia en que habría incurrido la Sala I de la Cámara del fuero, porque no habría resuelto oportunamente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el pasado 20 de abril del corriente contra la resolución de la alzada que confirmó "la suspensión del juicio a prueba de Rosa Elsa Parrilli" dispuesta por el juez de grado "en los autos nº 42.850-00/2009 'Parrilli, Rosa Elsa s/infracción art. 149 bis del C.P.'".

Manifiestó que con fecha 31/5/2010 solicitó "pronto despacho en los autos de mención" (fs. 213). Alegó que "la falta de cumplimiento de los plazos legales para resolver [...] genera en este Ministerio Público Fiscal un perjuicio cierto que se corresponde con el potencial riesgo de prescripción de la acción persecutoria de que es titular", y se extiende en otras consideraciones sobre el "derecho que se considera violado".

Afirmó que las "razones que impiden acudir a otra vía procesal" consisten en que "no existe otro recurso más idóneo que este, atento que los de inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad, no aparecen en principio admisibles debido a que en todos los casos se trata de cisiones procesales que no causan estado, no equiparables a sentencia definitiva [...]".

2. A fs. 217 se requirió al tribunal denunciado el informe previsto por el art. 37, inc. b, ley 402, que fue evacuado a fs. 219 por el juez de la Sala I PCyF, Dr. Marcelo Pablo Vázquez.

El magistrado refirió que el denunciante omitió consignar la fecha en que los autos habían quedado en estado de resolver, y que desde entonces "han pasado 14 días hábiles desde que se encuentra el recurso en condiciones de ser resuelto".

3. A fs. 237 el señor fiscal de Cámara Nº 1 en lo Penal, Contravencional y de Faltas amplió "los términos de la denuncia por denegación de justicia oportunamente presentada".

Relató que en el marco del expediente de mención "se ha notificado a esta parte una nueva integración del Tribunal, estando el caso puesto a despacho para dictar sentencia". Agregó que "la nueva conformación de la Sala ha sido efectuada contrariamente a las disposiciones normativas..." y acompañó copia de la revocatoria que planteó contra la decisión de fecha 24/6/2010 del presidente de la Sala I, Dr. Marcelo Vázquez, que —según surge de la documental referida— "dejó sin efecto el llamado de autos para resolver [...] y ordenó dar a conocer a las partes la nueva integración de la Sala [...]".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Estimo que, ante el estado procesal actual de la causa 42.850-00/09 "Parrilli, Rosa Elsa s/infracción art. 149 bis del C.P.", que surge de la ampliación de fs. 237 del señor fiscal de Cámara Nº 1 en lo Penal, Contravencional y de Faltas, ha quedado sin objeto la queja por retardo de justicia *sub examine*.

En efecto, la presentación inicial se apoyó en la omisión de la Sala I de resolver en los plazos legales el recurso de inconstitucionalidad planteado por el señor fiscal de mención en los autos referidos.

En tanto la ampliación formulada a fs. 237 se asentó sobre presuntas irregularidades en la integración de la Sala I, que habrían tenido culminación en la resolución del Presidente de la Sala de dejar sin efecto el llamado de autos y hacer conocer a las partes tal nueva integración.

Es claro que esta última cuestión no sólo es ajena al objeto del instituto previsto por los arts. 36 y 37, ley 402, sino que, además, el presentante ha hecho uso —a su respecto— de la vía prevista en el art. 277 del CPP CABA, al interponer el recurso de reposición que menciona en la documentación que acompañó a fs. 232/236.

Por otra parte, carece de sentido en este momento todo análisis acerca cuál plazo debe aplicarse para resolver el recurso de inconstitucionalidad, puesto que, actualmente, con carácter previo está pendiente de resolución —según expresó el propio representante del MPF— su cuestionamiento, vía recurso de reposición, a la integración de la Sala I de la Cámara PCyF.

2. En mérito de lo expresado considero que debe archivarse la presente queja.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Carlos F. Balbín dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* la presente queja por retardo de justicia.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento de la Sala I de la Cámara PCyF, y se cumpla.

El juez Luis F. Lozano no interviene por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C Ruiz - Carlos F. Balbín.*

CLII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PARIGI, ENRIQUE ALBERTO S/INFR. ART. 111 CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento del recurso. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF nº 7269/10 - 7/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa, fijando reglas de conducta distintas a las propuestas por la Fiscalía. Apelada esa decisión, la Cámara confirmó parcialmente la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, desistió del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los argumentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, y de acuerdo a lo establecido en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

En similar sentido, "Ministerio Público — Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Keller, Fernando s/infr. art. 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'" (expte. nº 7276/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Garmendia, José Ignacio s/infr. art. 111 CC'" (expte. nº 7306/10) del 7/7/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Glazman, Nicolás s/infr. art. 111 CC'" (expte. nº 7264/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gilligan, Patricia Alejandra s/infr. art(s). 111 CC'" (expte. nº 7270/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Font Creixell, Álvaro s/infr. art. 111 CC'" (expte. nº 7273/10) del 12/7/2010 y; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cormick, Pablo Daniel s/inf. art. 111 CC'" (expte. nº 7281/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caballero, Mario Héctor s/infr. art. 111 CC '" (expte. nº 7300/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Taiana, Ricardo Daniel s/infr. art(s). 111 CC'" (expte. nº 7318/10) del 15/7/2010.

CLIII

"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'"

PROCESO CONTRAVENCIONAL: Duración razonable del proceso. Debido proceso. Organización, explotación y comercialización de juegos de apuestas sin debida autorización legal. Sobreseimiento. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SUMARIOS:

1. Más allá de los esfuerzos desplegados en la jurisdicción local por enjuiciar la conducta de los encausados, dentro del breve plazo fijado por la legislación con-

travencional y resolver dentro de ese término todos los recursos locales, la estrategia de la defensa, al plantear y replantear recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, trajo aparejada como consecuencia insoslayable la prolongación inusitada e irrazonable del proceso tendiente a juzgar una ilicitud menor consistente en una contravención referida a la organización, explotación y comercialización de juegos de apuestas sin la debida autorización legal (ley 255). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Al constatarse que tanto en el proceso principal iniciado hace ya casi ocho años como en la cuestión de la prescripción de la acción contravencional originada en el año 2005, el plazo del proceso se ha extendido sobremanera, en atención a la naturaleza del ilícito que le diera origen y a la escasa complejidad de la investigación, esa dilación en arribar a un pronunciamiento definitivo y concluyente, más allá de que pueda entenderse juzgada la conducta enrostrada, vulnera el derecho de los imputados al debido proceso por la incertidumbre en la que, aún hoy, se encuentran inmersos, y no obstante la actividad diligente de los órganos jurisdiccionales locales, este proceso debe terminar con su sobreseimiento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. Corresponde declarar prescripta la acción contravencional y sobreseer a los imputados en atención a que la prolongación desmesurada de la causa ha configurado una violación de la garantía del plazo razonable.

Expte. SAPCyF n° 4066/05 - 7/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La conducta contravencional que la Justicia de la Ciudad imputó a Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli y Sergio D. Roldán, tuvo lugar los días 18, 19 y 20 de agosto de 2002. La audiencia de debate comenzó el día 5 de agosto y culminó el 18 de septiembre de 2003, con el dictado de una sentencia de condena.

La sentencia condenatoria dictada por el —por aquel entonces— juez de primera instancia fue confirmada por los dos —también, por aquel entonces— integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas. Dicho pronunciamiento motivó la interposición de un primer recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio lugar a la queja que fue resuelta por este Tribunal el día 9/9/2004.

La defensa dedujo un recurso extraordinario federal que fue, a su turno, denegado por este Tribunal, con fecha 10/11/2004. Esta decisión fue impugnada a través de un recurso de hecho por ante la Corte Suprema de Justicia, recurso que fue desestimado por todos los integrantes del alto tribunal (resolución de fecha 30/8/2005, obrante a fs. 225).

2. La jueza de primera instancia declaró la prescripción de la acción —de oficio— el día 31/3/2005, decisión que fue revocada —a solicitud de la fiscal— por los jueces de la Sala II de la Cámara Contravencional y de Faltas con fecha 23/5/2005 (fs. 8/12). La defensa interpuso un —segundo— recurso de inconstitucionalidad contra la decisión anterior, cuya denegatoria originó la interposición de la queja agregada a fs. 15/42.

Con posterioridad a la interposición del recurso, pero previo a que este Tribunal se expidiera sobre aquella queja, la parte recurrente aportó copia de lo resuelto por la CSJN *in re* "Recurso de hecho en 'Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC [causa 555 CC/00] s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —incidente de prescripción—" (C.459.XXXVIII, resolución del 8/11/2005). El Tribunal Superior de Justicia, resolvió, por mayoría, hacer lugar a la queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad con fecha 19/12/2005.

3. Contra esa resolución, los actores interpusieron —un nuevo— recurso extraordinario federal (fs. 180/193), afirmando que el Tribunal debió declarar la prescripción de la acción, en razón de la similitud de esta causa con lo resuelto por la CSJN, *in re* "Caballero".

Con fecha 22 de marzo de 2006, este Tribunal Superior decidió denegar, por mayoría, ese recurso extraordinario federal. La denegatoria de aquél motivó la interposición de otro recurso de hecho por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El día 8/5/2007, la mayoría del alto Tribunal consideró aplicables al caso las consideraciones vertidas en el precedente "Caballero" (ya citado); hizo lugar a aquella queja, declaró procedente el recurso extraordinario federal denegado y dejó sin efecto la resolución apelada en lo que fuera motivo de agravio. A esos efectos devolvió las actuaciones a este Tribunal para que, por quien correspondiera, se dictase un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina sentada *in re* "Caballero" (ya publicada en *Fallos,* 328:3928).

4. En cumplimiento de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 24/10/2007, la mayoría de los integrantes de este Tribunal Superior rechazó el recurso de queja oportunamente interpuesto por la defensa (obrante a fs. 15/42). Para así resolver se tuvo presente que la CSJN, al rechazar el —primer— recurso de hecho dirigido contra la condena el día 30/8/2005, permitió que la sentencia de mérito pasara en autoridad de cosa juzgada y ello tornó inoficioso pronunciarse sobre la posible prescripción de una acción contravencional que ya se encontraba agotada.

Esta última decisión motivó que la defensa interpusiera un nuevo recurso extraordinario federal, cuya denegatoria por parte de este Tribunal Superior de Justicia motivó un tercer —y último— recurso directo por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por disposición del alto Tribunal se le confirió vista de estas actuaciones a la Procuración General de la Nación, donde el funcionario que dictaminó, doctor Eduardo E. Casal, opinó que correspondía desestimar tal queja, porque el recurrente no había logrado rebatir los fundamentos en que se apoyó la

decisión de este Tribunal para denegar su apelación federal y porque "tampoco cuestionó a su tiempo el cierre de la vía recursiva planteada respecto de la sentencia de condena, ni invocó en aquel entonces la presencia de un supuesto que permitiera hacer excepción al criterio con arreglo al cual las sentencias de la Corte dictadas en recursos de queja por apelación denegada no son susceptibles de reposición o revocatoria" (fs. 344/344 vta.).

Sin perjuicio de lo dictaminado, el día 1°/12/2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a esa queja, declaró procedente el recurso extraordinario federal, dejó sin efecto la resolución recurrida y devolvió las actuaciones a este estrado, para que se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 345/345 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La reseña histórica que antecede pone de manifiesto que el proceso contravencional iniciado en el año 2002 contra Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli y Sergio D. Roldán, se ha desmadrado totalmente y debe ser reconducido hacia la única alternativa tras casi ocho años de infructuosos trámites: su culminación por afectación de la garantía constitucional de duración razonable del proceso (arts. 75.22, C.N., 8.1, CADH, 10, CCBA).

2. Más allá de los esfuerzos desplegados en la jurisdicción local por enjuiciar la conducta de los encausados, dentro del breve plazo fijado por la legislación contravencional y resolver dentro de ese término todos los recursos locales, lo cierto es que la estrategia de la defensa, al plantear y replantear recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, trajo aparejada una consecuencia insoslayable: la prolongación inusitada e irrazonable del proceso tendiente a juzgar una ilicitud menor, una contravención referida a la organización, explotación y comercialización de juegos de apuestas sin la debida autorización legal (ley 255).

3. Para que el Tribunal resuelva lo que en derecho, justicia y equidad corresponde no es necesario evaluar el posible acierto o error de la decisión de la CSJN (fundamentalmente en su considerando 2º, fs. 345), pues hacerlo sólo traería como consecuencia una mayor dilación del proceso, que, a esta altura, resulta intolerable desde la perspectiva de los derechos de los contraventores y del recto servicio de justicia. Desde lo estrictamente personal, *obiter dictum*, me conformo con que los argumentos expuestos por la mayoría del Tribunal hayan sido considerados y, en alguna medida, acompañados, tanto por el Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi, al emitir su dictamen en los autos "Oniszczuk" (expte. n° 65/07, tomo 43, letra O, tipo RHE, resuelto por la CSJN, en sentido contrario, el día 22/12/2008) y por el Procurador Fiscal ante la CSJN, doctor Eduardo Casal, en estas actuaciones (fs. 344).

4. La duración razonable del proceso integra la garantía de la defensa en juicio. El voto de los jueces Carlos S. Fayt y Gustavo Bossert en la causa K.60.

XXXIII. "Kipperband, Benjamín s/estafas reiteradas por falsificación de documentos —incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal—", publicado en *Fallos,* 322:360, efectuó un detallado análisis de ese aspecto de la garantía, al que cabe remitirse.

De acuerdo a lo señalado en ese precedente "...la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, y (...) no puede traducirse en un número de días, meses o años" (considerando 8°). Entre las circunstancias a considerar, los ministros Fayt y Bossert señalaron: "la duración del retraso, las razones de la demora, y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado dicha prolongación. Tales factores si bien son de imprescindible consideración, no pueden ser valorados aisladamente, sino que deben ser ponderados y sopesados uno frente al otro, atendiendo a las circunstancias concretas de la causa" (considerando 9°; en similar sentido A.2554.XL. "Acervo, Néstor Horacio s/contrabando —causa 51.221—", sentencia del 21/8/2007).

Las circunstancias a considerar en esta causa concreta son de índole legal y de orden fáctico. En ese sentido se debe tener presente: *a)* que la ley contravencional aplicable al caso, en atención a la fecha del hecho, regulaba el plazo de prescripción de la acción contravencional en un (1) año; *b)* que la única causal de interrupción del plazo de prescripción era la realización de la audiencia de debate; *c)* que la tramitación con celeridad del proceso en las instancias locales, a partir de la audiencia, insumía alrededor de 1 año —véase el punto 7 del voto del juez Guillermo Muñoz en la causa "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC —causa 555-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/incidente de prescripción", expte. n° 912-1, sentencia del 5/12/2001—; *d)* que la conducta atribuida a los imputados se habría desarrollado hasta el 20/8/2002; *e)* que la audiencia de debate tuvo inicio el día 5/8/2003 y culminó el 18/9/2003; *f)* que la sentencia de este Tribunal que rechazó el recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad fue dictada el 9/9/2004; *g)* que este Tribunal —por mayoría— el día 10/11/2004 denegó el recurso extraordinario federal planteado por la defensa contra esa sentencia; y *h) que el recurso directo deducido ante la CSJN por la defensa fue denegado* con fecha 30/8/2005. Por otra parte, en este análisis de circunstancias, no cabe perder de vista: *i)* que la declaración de prescripción de la acción contravencional resuelta de oficio por la jueza de primera instancia fue dejada sin efecto, rápidamente, por la Cámara de Apelaciones, el día 23/5/2005 —circunstancia que fue oportunamente comunicada por la parte a la CSJN, a fs. 237—; y *j)* que la discusión referida a la invocada prescripción de la acción, mientras continuaba el trámite del recurso extraordinario federal planteado contra la decisión sobre el fondo del Tribunal, dio lugar a una primera sentencia del Tribunal, el día 19/12/2005, y que a partir de allí se sucedieron las diversas intervenciones y anulaciones de la CSJN mencionadas en las "resultas" de esta sentencia que culminan, ahora, en la necesidad de que corresponda dictarse este nuevo pronunciamiento.

Se constata, entonces, que tanto en el proceso principal iniciado hace ya casi ocho años como en la cuestión de la prescripción originada en el año 2005, el plazo

del proceso se ha extendido sobremanera, en atención a la naturaleza del ilícito que le diera origen y a la escasa complejidad de la investigación. Y esa dilación en arribar a un pronunciamiento definitivo y concluyente, más allá de que pueda entenderse juzgada la conducta enrostrada, vulnera el derecho de los imputados al debido proceso por la incertidumbre en la que, aún hoy, se encuentran inmersos.

5. En suma, la duración razonable del proceso se relaciona pero no está determinada única o necesariamente por el plazo de prescripción de la acción. Independientemente de considerar —al igual que el funcionario dictaminante de la Procuración General de la Nación— que, en autos, la sentencia condenatoria dictada está firme y ha pasado en autoridad de cosa juzgada —por las razones que expuse en la decisión agregada a fs. 226/231—, entiendo que, no obstante la actividad diligente de los órganos jurisdiccionales locales, este proceso debe terminar con el sobreseimiento de los señores Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli y Sergio D. Roldán, por aplicación de la invocada garantía constitucional (arts. 75.22, C.N., 8.1, CADH, 10, CCBA).

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto las consideraciones expuestas en su voto por la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde y si bien estimo que no me corresponde abrir juicio sobre el acierto o error de la decisión de la Superior Instancia federal, sí debo enfatizar que la excesiva duración del proceso en el caso no parece atribuible ni a este Tribunal ni a las instancias de mérito de la jurisdicción local. En este caso, relativo a hechos que tuvieron lugar en el mes de agosto del año 2002, la justicia local procuró, en poco más de dos años, la realización del juicio oral y público con el dictado de la sentencia de primera instancia, aseguró la posterior intervención de la Cámara de Apelaciones e, incluso, una tercera instancia —constitucional— ante este Tribunal que, finalmente, denegó un recurso extraordinario federal interpuesto en el mes de noviembre de 2004. De allí en adelante, luego de la interposición de un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que pretendía la revocación de la condena impuesta a los imputados y que resultó desestimada con fecha 30/8/2005, se sucedieron una serie de presentaciones recursivas —ante la justicia local y ante la instancia extraordinaria federal— cuya resolución insumió más de cinco años y siete meses.

Así, tal como lo explica la señora jueza Ana María Conde en el voto al que adhiero, el tiempo de duración de este proceso resulta, a esta altura, claramente excesivo para la tramitación de una causa vinculada con una contravención relacionada con juegos de apuestas —cuya materialidad no está en duda— como la que derivara en la condena de autos.

Voto, en consecuencia, por el sobreseimiento de Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli y Sergio D. Roldán.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Tal como lo sostuve al emitir mis votos en las resoluciones de fecha 19/12/2005 y 24/10/2007, corresponde declarar prescripta la acción y sobreseer a Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli y Sergio D. Roldán. Así lo voto.

A mayor abundamiento, y a fin de poner fin a esta causa, coincido con mis colegas preopinantes en que su prolongación desmesurada ha configurado una violación de la garantía del plazo razonable.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Sobreseer* a los Sres. Carlos A. González, Roque E. Lacquaniti, Carmen Piscitelli y Sergio D. Roldán, cuyos demás datos personales obran en autos, de la imputación que oportunamente se le efectuara en la acusación formulada a fs. 2651/2671) del expte. n° 1534-00-CC/03, caratulado "González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/infr. ley 255 —apelación".

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

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CLIV

"INCIDENTE DE PRISIÓN PREVENTIVA EN AUTOS 'MERLO, FAVIO JUVENAL S/INF. ART. 189 BIS C.P.' S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Planteo extemporáneo.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser rechazado toda vez que la presentación carece de la fundamentación exigida por el ordenamiento procesal e incorpora motivos de agravio de manera extemporánea, puesto que la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La defensa, en razón de los defectos formales que presenta en su recurso extraordinario, no logra demostrar la relación directa e inmediata entre la cuestión material de este litigio y las normas constitucionales invocadas en su escrito, relación que constituye uno de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6891/09 - 7/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor del Sr. Favio Juvenal Merlo interpuso recurso extraordinario federal (fs. 192/210) contra la decisión emitida el 22/4/2010 mediante la cual el Tribunal, por mayoría, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 127/141.

2. El fiscal general, al contestar el traslado conferido, expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso. Señaló, por un lado, que la presentación contiene una fundamentación confusa y contradictoria. Además, indicó que la defensa pretende reeditar agravios que fueron abandonados oportunamente por la defensa —arbitrariedad de la decisión de la Cámara— e introducir otros que ni siquiera habían sido mencionados anteriormente —lesión al principio *in dubio pro reo*—. En el mismo sentido, indicó que el recurrente se limita a enumerar ciertas garantías constitucionales pero no logra acreditar su conexión directa e inmediata con el decisorio impugnado. Por último, descartó la aplicación a este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia invocada por el recurrente (fs. 212/214).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario fue presentado en tiempo oportuno y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, debe ser denegado.

2. El recurrente sostiene que la resolución impugnada es equiparable a una sentencia definitiva porque la restricción del derecho a la libertad ambulatoria durante el proceso le genera un gravamen de insuficiente, tardía o imposible reparación posterior. Asimismo, tacha de arbitraria, por falta de fundamentación, a la decisión del Tribunal. Denuncia, además, la lesión de la garantía de debido proceso, del derecho de defensa en juicio y de los principios acusatorio, de inocencia e *in dubio*

pro reo. Al resumir sus motivos de agravio, el defensor remarcó que el Tribunal ha evitado avocarse al tratamiento de cuestiones que hacen a su competencia al interpretar que en el caso no estaba en juego la vigencia del principio acusatorio. Según el defensor, la decisión impugnada no se apoya en argumentos suficientes y, por ende, configura una franca violación de la garantía del debido proceso.

3. La presentación, tal como señala el señor fiscal general, carece de la fundamentación exigida por el ordenamiento procesal y, además, incorpora motivos de agravio de manera extemporánea (conf. fs. 201 vta., último párrafo, y 202, donde explica la supuesta lesión al principio *in dubio pro reo*). Al respecto, corresponde indicar que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros).

No obstante, las manifestaciones de la defensa en su recurso resultan, además, confusas; la presentación contiene, por ejemplo, citas de normas del CPPN que no son aplicables al caso (conf. fs. 205 vta. y 208 vta.) y señalamientos que no se corresponden con los hechos procesales de la causa (conf. fs. 207 vta., en cuanto a la referencia a que la privación de la libertad del acusado aún no se ha concretado). La defensa, en razón de los defectos formales señalados, no logra demostrar la relación directa e inmediata entre la cuestión materia de este litigio y las normas constitucionales invocadas en su escrito, relación que constituye uno de los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal.

4. El recurrente, para lograr acceder al Alto Tribunal, pretende enmarcar sus agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Sin embargo, la arbitrariedad alegada no se apoya en fundamentos suficientes para acreditarla y sólo expone su simple desacuerdo con la resolución atacada. La defensa se limita a mencionar que "claramente lo dictaminado por el fiscal de Cámara contrariaba lo solicitado por su inferior jerárquico [respecto del modo de cumplimiento de la prisión preventiva] y, en consecuencia, sólo puede ser entendido en los términos que lo hizo mi distinguido colega el señor defensor oficial al momento de interponer el recurso en cuestión…" (fs. 200 vta.). Sin embargo, no da motivos suficientes para fundar por qué la única interpretación jurídicamente viable es la que él defiende, ni explica cuáles serían los vicios lógicos que contiene el razonamiento expuesto por el Tribunal. En este sentido, es oportuno remarcar que la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y 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).

5. El recurrente, de modo subsidiario (fs. 203 vta.), plantea que no se ha dado debido tratamiento a la supuesta pretensión de la defensa y del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que debía aplicarse la prisión preventiva domiciliaria en el caso. Sin embargo, de la simple lectura de la decisión recurrida surge que el Tribunal ha analizado el punto para concluir que ese motivo de agravio no comprendía ninguna discusión constitucional. Esa verificación permite descartar la arbitrariedad —por falta de tratamiento de las cuestiones planteadas— que denuncia el recurrente.

Por lo demás, cabe reiterar una vez más, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su constante jurisprudencia, indicó que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa (doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; entre muchos otros).

Por lo expuesto, sólo resta denegar el recurso extraordinario de fs. 192/210.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Si bien el recurso extraordinario obrante a fs. 192 fue presentado en plazo y conforme lo prescripto por la acordada CSJN 4/07, no puede prosperar.

Tal como señala la señora jueza de trámite en primer párrafo del punto 3 de su voto al que adhiero, el recurso carece de fundamentación suficiente y adecuada para habilitar la vía intentada. Voto en consecuencia por denegar el recurso extraordinario.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 192/210.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General, a la defensa y personalmente al imputado y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 182, punto 2.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CLV

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario no satisface el requisito del inc. e) del art. 3º de la acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia, que establece que se debe demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. No hay ninguna cuestión federal que amerite la apertura del recurso, pues su lectura sólo revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales y procesales efectuada en el interlocutorio atacado, por tanto el recurso debe ser rechazado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en análisis, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6837/09 - 8/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso, a fs. 770/787 vta., recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 21/4/2010 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja interpuesto por su parte (fs. 642/657).

2. El recurso fue contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 790/791).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 770/787 vta. fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257 CPCCN. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. El recurso no satisface el requisito del inc. a) del art. 3° del Reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, el "Reglamento"), que establece que se debe demostrar que la decisión recurrida es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN.

En estos obrados, el Tribunal rechazó la queja interpuesta por Metrovías S.A. contra la resolución de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el rechazo del pedido de citación como tercero del Estado nacional efectuado por la actora. Ello, por entender que el pronunciamiento de la Sala I no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable.

Lo resuelto por el Tribunal a fs. 642/657 tampoco constituye una sentencia definitiva y por lo tanto no se encuentra habilitada la vía extraordinaria federal.

Las consideraciones que formula la recurrente en torno del requisito de sentencia definitiva no alcanzan a conmover los fundamentos del decisorio de fs. 642/657. La empresa se limita a reiterar los argumentos ensayados en presentaciones anteriores y que fueran desestimados. Por iguales motivos, Metrovías S.A. tampoco logra demostrar que se esté frente a una sentencia equiparable a definitiva. Esta circunstancia sella la suerte adversa del remedio intentado.

3. A mayor abundamiento, el recurso tampoco satisface el requisito del inc. e) del art. 3° del Reglamento, que establece que se debe demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso.

En efecto, no hay ninguna cuestión federal que amerite la apertura del recurso. La lectura del escrito de fs. 770/787 vta. revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales y procesales efectuada en el interlocutorio atacado. Y, por lo demás, en la presentación en examen no se demuestra que dicha interpretación involucre cuestión alguna de índole federal.

4. Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal de fs. 770/787 vta. debe ser desestimado por inoficioso. 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). Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo propicia la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, el recurso extraordinario planteado por Metrovías debe ser denegado.

2. En primer lugar, cabe destacar que los argumentos vertidos en el escrito de fs. 770/787 vta. no constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos

que dieron sustento al rechazo del recurso de queja por parte de este Tribunal. Ello así, en tanto se advierte que la presentación a estudio no hace más que reiterar cuestiones ya vertidas en escritos anteriores (recurso de inconstitucionalidad de fs. 578/586 vta. y recurso de queja de fs. 625/634 vta.) que fueron objeto de tratamiento y desestimadas en esta instancia.

Así las cosas, resulta aplicable al *sub examine* la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales, por regla, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. doctrina de *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros), en tanto se sustenten —como en el caso— en cuestiones de carácter local y procesal.

3. Por su parte, tal como se sostuviera al momento de rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, la recurrente no ha logrado demostrar que el pronunciamiento que se pretende impugnar constituya una sentencia definitiva o, en la mejor de las hipótesis, una "sentencia equiparable a definitiva". A tal fin, no basta con señalar que la decisión que rechaza el pedido de citación de terceros formulado por Metrovías "...veda la participación de los terceros necesarios en la decisión de las cuestiones fundamentales dentro del proceso, lo cual genera un daño insubsanable en la medida en que ya están tramitando y se están resolviendo cuestiones fundamentales (e.g., la prueba en el principal, el tema de la competencia en la CSJN) sin permitirle al Estado nacional defender sus intereses y exponer sus argumentos, los cuales no pueden más que reforzar nuestra posición, y obligando tanto a mi mandante como al Estado nacional a iniciar nuevos procedimientos una vez finalizado el presente, elevando los costos de sus defensas y obstaculizando la plena defensa de sus posiciones..." (fs. 771 vta./772). Ciertamente, a esta altura del proceso es prematuro aventurar cuál será el resultado del juicio. No es posible descartar de plano que la sentencia que finalmente decida el fondo de la cuestión resulte favorable a Metrovías.

Por otro lado, se advierte que, más allá de las declamaciones efectuadas, la recurrente no ha brindado ningún fundamento concreto que permita demostrar la irreparabilidad del agravio que el interlocutorio impugnado le genera, con el propósito de requerir la intervención prematura de nuestro Alto Tribunal para resolver el planteo de citación de un tercero a las presentes actuaciones.

En definitiva, pareciera que lo que pretende la recurrente es que —por esta vía— se vuelva a analizar el pedido de incompetencia que su parte oportunamente formulara, cuando tal cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal en la resolución que revisó el rechazo de la excepción previa destinada a lograr la intervención de la justicia federal.

4. Para justificar la existencia de una cuestión federal la recurrente invoca diversas cláusulas constitucionales que entiende vulneradas. Sostiene que la sentencia recurrida le ocasiona a su parte un agravio constitucional irreparable, en tanto se lo "priva de una tutela judicial efectiva, en general" y no le "permite tener acceso

a sus jueces naturales, en particular, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19...” (fs. 777 vta.).

Sin embargo, estas manifestaciones no son suficientes para configurar un caso federal en tanto la recurrente no logra demostrar la vinculación directa e inmediata de los derechos que dice le asisten y estarían conculcados y la decisión resistida en el caso, que trata sobre la solicitud de intervención de un tercero en el marco de un pleito en el que se discute la validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 87/EURSP/CABA/06).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que, por su parte, 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 nuestro Alto Tribunal 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).

5. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia esgrimido por la recurrente, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Ello, desde ya, no impide recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, 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; 323:2196, entre otros).

6. Por lo demás, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) “la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas” (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas

y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

7. Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Metrovías S.A. Las costas de la incidencia 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).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Metrovías S.A., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 649, punto 2.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CLVI

"MANTELECTRIC ICISA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTELECTRIC ICISA C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Ente Único Regulador de Servicios Públicos. Potestad sancionatoria. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La cuestión cuya dilucidación pretende someter la recurrente a la instancia extraordinaria no constituye un caso federal pues trata sobre la hermenéutica de ciertas normas de la Constitución de la Ciudad relacionadas con la existencia y alcance de la potestad sancionatoria del Poder Ejecutivo y del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido*

concordante véase voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).

2. No autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 5°, 31, 76 y 99 incs. 2° y 3°, C.N.), dado que la recurrente no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en análisis, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6589/09 - 8/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Mantelectric ICISA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 99/115) contra la resolución del 27/4/2010 (fs. 75/96) por la que el Tribunal, por mayoría, rechazó el recurso de queja que su parte articulara (fs. 23/33 vta.).

2. El recurso fue contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 122/123).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal planteado por Mantelectric ICISA ha sido interpuesto en tiempo oportuno. Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurrente señala que "El problema a dilucidar se refiere a la creación del Entre Único Regulador de Servicios Públicos por la Constitución de la Ciudad y la aplicación al caso de su ley reglamentaria 210 y la posibilidad de que reglamente un procedimiento sancionatorio (...) El problema radica en dilucidar si la competencia asignada constitucionalmente es suficiente para aplicar sanciones, en tanto en la sentencia recurrida se le da carácter operativo a las funciones allí previstas" (fs. 108 vta.).

La simple enunciación del problema que efectúa el recurrente pone en evidencia que la cuestión cuya dilucidación pretende ahora someter a la instancia extraordinaria *no constituye un caso federal* pues trata sobre la hermenéutica de

ciertas normas de la Constitución de la Ciudad relacionadas con la existencia y alcance de la potestad sancionatoria del Poder Ejecutivo y del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos. Por tratarse de órganos que integran la estructura institucional de la Ciudad de Buenos Aires, definida por su Constitución y reglada por normas de derecho público local, el debate sobre la adecuada delimitación de las competencias de uno y otro órgano es una cuestión que no surte la jurisdicción recursiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso extraordinario federal, ya que por imperio de los arts. 121, 122, 123 y 129 de la C.N. la determinación de esas cuestiones corresponde a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El desconocimiento de la competencia del EURSP local para imponer la sanción cuestionada por Mantelectric y su planteo dirigido a reclamar la competencia del Jefe de Gobierno *no viene fundado en norma federal alguna*, cuya correcta interpretación y aplicación corresponda a la Corte Suprema de Justicia preservar.

En tanto en este juicio no se persigue otra cosa que obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos local, ente contemplado en el art. 138 de la CCBA, la cuestión debatida en autos depende primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (*Fallos,* 324:4349).

El recurso extraordinario federal, entonces, no logra poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

3. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 5°, 31, 76 y 99 incs. 2° y 3°, C.N. —véase, por ejemplo, fs. 112), dado que la recurrente no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. En verdad, no resulta claro por qué razón la interpretación sobre el alcance de las atribuciones sancionatorias del Ente local puede conllevar algún tipo de afectación a las normas constitucionales que regulan la delegación de potestades legislativas del Congreso de la Nación; o qué relación tienen con la cuestión debatida, las normas de la Constitución federal relativas a las competencias reglamentarias del Poder Ejecutivo nacional.

La CSJN ha establecido, al respecto, 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), hipótesis que no se verifica en el caso.

4. Finalmente, la presentación de fs. 99/115 no reúne los extremos requeridos por los arts. 2º, 3º y 8º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). El escrito tampoco consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) “la refutación de todos y cada

uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e). A su vez, omitió —también— transcribir o acompañar la totalidad de las normas locales a las que hizo referencia en el recurso interpuesto.

Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Mantelectric ICISA. Las costas se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propicia la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, consistente en denegar el recurso extraordinario deducido por la parte actora, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En primer lugar, resulta oportuno recordar que la sentencia que se objeta mediante el presente recurso extraordinario federal es aquella que rechazó la queja planteada por Mantelectric ICISA ante este estrado, en apretada síntesis, porque no se encontraban reunidos los requisitos de procedencia previstos en el art. 27 de la ley 402 para el andamiento del recurso de inconstitucionalidad local dirigido a cuestionar la sentencia de la Sala II que había rechazado la pretensión de nulidad de la resol. 09/EURSP/06 dictada por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de esta Ciudad y, en consecuencia, confirmó la sanción impuesta a la accionante por los incumplimientos en los plazos máximos de reparación de las instalaciones de alumbrado público de las calles Juan Domingo Perón 3311, 3295 y 3440 (columnas 33/1, 32/2 y 34/2, respectivamente), Bartolomé Mitre 3300 y 3384 (columnas 33/1 y 33/3, respectivamente) y Lavalle 2849 (columna 28/2).

3. Ante estas circunstancias, constituye un óbice a la concesión del presente recurso la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales mediante fundamentos de hecho y de derecho procesal local que bastan para sustentarlos no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros).

4. Por su parte, dado que en definitiva la recurrente persigue la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por un órgano local, la cuestión debatida en autos depende básicamente de la interpretación y aplicación de diversas normas locales infraconstitucionales. Así las cosas, resulta oportuno recordar que los asuntos de esta naturaleza resultan, por regla, ajenos a la vía de excepción intentada (*Fallos,* 289:336; 291:356; 293:226; 296:642; 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,* 305:112; 308:551; 311:2004; 323:1217; entre muchos otros).

5. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa con el propósito de justificar la existencia de cuestión federal (arts. 5°, 31, 76 y 99 incs. 2° y 3°, C.N. —véase, por ejemplo, fs. 100 vta.—), puesto que la recurrente no ha acreditado la necesaria correspondencia que debe existir entre éstas y la decisión adoptada en autos. En verdad, no se advierte con claridad por qué razón la interpretación sobre el alcance de las atribuciones sancionatorias del Ente local puede conllevar algún tipo de afectación a las normas constitucionales que regulan la delegación de potestades legislativas del Congreso de la Nación; o qué relación tienen con la cuestión debatida, las normas de la Constitución federal relativas a la competencias reglamentarias del Poder Ejecutivo nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido al respecto 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); hipótesis que no se verifica en el caso.

6. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia esgrimido, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Ello, desde ya, no impide recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, 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; 323:2196, entre otros).

7. Por lo demás, tal como se desprende de los párrafos precedentes, la recurrente tampoco ha dado cumplimiento acabado a los recaudos señalados en el art. 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso,

y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Mantelectric ICISA. Las costas se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Mantelectric ICISA, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 96, punto 2.

El juez Luis F. Lozano no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CLVII

"ACUÑA, OLGA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA: Alcances. Hábitat adecuado. Déficit habitacional. SUBSIDIOS: Programa de atención a familias en situación de calle. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obligación de medios. DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO PROGRESIVO: Regresividad. PRESUPUESTO: Recursos limitados. PODER LEGISLATIVO: Reglamentación de los derechos constitucionales. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES: Control constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*: Debido proceso.

SUMARIOS:

1. El conflicto entre una ley local y la CCBA configura una cuestión constitucional compleja directa, prevista entre las que habilitan la intervención del Tribunal,

según lo dispone el art. 27 de la ley 402. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. El art. 31 de la CCBA comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado y engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo puede imaginarse como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. La reglamentación de los derechos incumbe al legislador, que debe cumplir tal tarea conforme las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. Para establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11 es preciso asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2°, ambos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque, si bien no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. La sola circunstancia de que la CCBA (art. 31) prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

6. El inc. 1° del art. 31 de la CCBA dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento de la norma, sino que esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el Estado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

7. A la luz de la relación entre el Gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., el art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de modo que los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

8. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (Observación General 3 punto 1 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

9. La Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad, sino que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

10. No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional; sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

11. La progresividad del art. 2° del PIDESC constituye una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos, pero las medidas son, en el criterio del Observación General 3 punto 9, de resultado e inmediatamente exigibles, y la adopción de las que conduzcan al pleno cumplimiento del pacto pesa sobre los Estados a partir de su vigencia como una obligación de actuar expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

12. No cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo globalmente para toda la población, ni tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto, desde que la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

13. Las medidas que deben adoptar los Estados en el marco del PIDESC deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone, y corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15), pues incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

14. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

15. El art. 31 de la CCBA impone al GCBA atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, empleando asimismo los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; responsabilidad que pesa primariamente sobre el Poder Legislativo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

16. El art. 31 de la CCBA no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado, sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado y la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

17. Los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional del art. 31 CCBA, pueden ser tanto totales como parciales; y deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

18. El Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

19. Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, sin embargo, forman parte de ella, como medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

20. El derecho que los subsidios generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31, CCBA y PIDESC). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

21. Corresponde al legislador, expositor de la voluntad general, reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

22. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a ésta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el legislador. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

23. En ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del legislador, y solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos, elección que, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

24. No corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia y mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea, medios que faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno, circunstancia que no importa negarle toda intervención posible en materia de vivienda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

25. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios que instituya conforme las prioridades, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sino que sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCBA, donde cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

26. No se discute que el otorgamiento de subsidios debe ser instrumentado por medio de actos administrativos dirigido a los destinatarios del beneficio, pero ello no significa que esa competencia no deba ser ejercida en el marco de reglas preestablecidas de distribución de los recursos afectados, en el caso, a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA; competencia, esta sí, típicamente legislativa. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

27. Es al Poder Legislativo a quien le compete, a la luz de la distribución de competencias que realiza la CCBA, establecer las pautas en base a las cuales los otros dos poderes, el ejecutivo y el judicial, deben hacer uso de las facultades que la CCBA les acuerda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

28. El régimen de subsidiosdebe ser analizado por los jueces bajo el prisma del art. 31 de la CCBA, con el objeto de constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCBA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

29. No resulta inconstitucional el otorgamiento de subsidios temporarios para hacer frente a la manda del art. 31 de la CCBA, ni tampoco que su monto no sea suficiente, por sí solo, para solventar el costo de una vivienda digna, pero sí lo es que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respete las prioridades establecidas en el art. 31 de la CCBA; situación que, hoy en día, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad (conf. art. 31, CCBA). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

30. Si los jueces llegan a la conclusión, frente a un pedido de parte legitimada, de que corresponde que sea entregado o renovado el subsidio que se reclama, ello no implica que corresponda apartarse de los montos dispuestos en el dec. 960/08, toda vez que la CCBA no garantiza el derecho a percibir un importe que, por sí solo,

sea suficiente para pagar una vivienda digna. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

31. El alcance que el bloque normativo brinda al derecho a la vivienda incluye la obligación de brindar a quienes se encuentran dentro del universo al que el GCBA debe asistir, al menos, la protección de un techo o albergue básico, que no equivale a solventarle una vivienda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

32. A diferencia de lo que entendió la Cámara, no resulta inconstitucional un subsidio que otorga un monto que no sea suficiente, por sí solo, para acceder a una vivienda, de modo que la condena no pudo ser dictada sin un monto determinado y éste, a su vez, no puede ser otro que el establecido en el art. 3° del dec. 960/08, ni tampoco es inconstitucional, per se, un subsidio cuando es otorgado por período acotado; cuestiones ambas que, a su vez, el *a quo* resolvió en forma dogmática. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

33. Los jueces no pueden decidir directamente cómo afectar los recursos públicos, facultad esta última privativa del Poder Legislativo y, por ende, ajena al Poder Judicial, y menos aun hacerlo sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto puede tener esa resolución en el presupuesto. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

34. Resolver la prolongación de los subsidios a quienes, por un lado, mantienen la necesidad de recibirlo aunque han percibido la totalidad de las cuotas previstas en el régimen y, por otro, pertenecen a un grupo que merece una prioridad respecto de otros beneficiarios contemplados en el decreto, no implica crear ni el régimen ni obliga a asignar partidas no previstas a fin de subsidiar, sino que se limita a establecer que no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

35. La sentencia recurrida destaca que el dec. 960/08 aumentó el importe del subsidio, dato que prueba que el régimen impugnado afectó mayores recursos y avanza en una de las políticas destinadas a resolver progresivamente el déficit habitacional y nada de lo dicho por el *a quo* permite sostener que entre el dec. 690/06 y el 960/08 existe regresión. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

36. La progresividad, aún en la tesitura del *a quo* que la considera un mecanismo autónomo de control desvinculado de otros aspectos como el presupuestario, se mide en relación con las normas aplicables y no en relación con beneficiarios individuales como pretende la sentencia impugnada, pues lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

37. El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación

prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

38. Tanto establecer si están dadas las condiciones previstas en el dec. 960/08, como determinar si el amparista ha logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades previstas en la CCBA para mantener el beneficio del subsidio que se pretende en la medida que él es concedido a personas con menores necesidades, remiten a la valoración de cuestiones de hecho y prueba que exceden las competencias del Tribunal en la vía intentada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

39. El fallo cuestionado no fija el monto que el GCBA estaría obligado a proveer al actor, ni parámetros claros para definirlo, toda vez que las pautas establecidas en el decisorio son de una extrema laxitud, en tanto no permiten determinar qué debe entenderse por la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, indeterminación que, indefectiblemente, coloca al GCBA en situación de indefensión, pues carece de pautas para dar cumplimiento a la condena impuesta en el fallo desde que ignora con qué monto concreto se considerará acatada la sentencia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

40. En cuanto a los subsidios habitacionales, la cláusula constitucional examinada (art. 31, CCBA), con un claro sentido reglamentario, suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aún en las ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit de vivienda que afecta a los sectores sociales más postergados. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

41. En situaciones de extrema vulnerabilidad social la afectación del derecho a la vivienda digna conduce a consolidar desigualdades y a profundizar la exclusión. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

42. Las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

43. La referencia expresa que hace el art. 31 de la CCBA a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

44. El subsidio no tiene, como afirma el recurrente, “carácter excepcional”, y en un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla, porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA); y cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su

aplicación sucesiva no implique la disminución y/ o la privación de las prestaciones ya reconocidas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

45. La opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deja en claro que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad, posibilitando el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

46. El sistema internacional de derechos humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

47. El GCBA debió probar que no subejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

48. La Cámara no incurrió en la afectación constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio por transgredir la prohibición de *reformatio in peius*, pues no varió el derecho reconocido en la sentencia de la anterior instancia sino la forma de hacerlo efectivo a fin de garantizar plenamente las prescripciones constitucionales que rigen la materia de autos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 7224/10 - 12/7/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Olga Acuña interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fin de que se la incorporara al programa habitacional actualmente vigente; y que en caso de otorgarse un subsidio, su monto le permitiera abonar íntegramente el costo del lugar en el cual se aloje. Como medida cautelar, requirió que mientras durase la tramitación del amparo, se ordenase al GCBA que la incluyera en los programas de emergencia habitacional

La jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar.

La demandada, al contestar el traslado de la acción promovida, solicitó su rechazo.

La jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo.

2. El GCBA apeló la sentencia. La parte actora contestó el traslado del memorial de agravios.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió rechazar el recurso deducido por la demandada y ordenó al GCBA la provisión un subsidio que le permita a la actora abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. La Cámara de Apelaciones concedió el recurso, excepto respecto a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional.

4. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto, propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA porque no advierte que se configure una causa constitucional.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

La cuestión traída a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera, por mayoría, el día 12 de mayo de 2010, en los autos "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09.

Los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sentencia— son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente, y deberán ser notificados a las partes.

El juez José O. Casás agregó:

Por lo demás, si bien las consideraciones desarrolladas por el suscripto en el aludido precedente "Alba Quintana" resultan suficientes para dar tratamiento a los planteos ventilados en la causa *sub examine*, a mayor abundamiento, cabe añadir que diversas cuestiones vinculadas a la problemática aquí examinada han sido abordadas *in extenso* en el voto que emitiera *in re* "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 6153/09, sentencia del 12 de mayo del corriente año —oportunidad en la cual este estrado, en virtud de las competencias atribuidas por el art. 113, inc. 2°, de la CCBA, ejerció el control de constitucionalidad *en abstracto* de ciertas normas del dec. 960/08 y su decreto reglamentario que modificaron el programa "Atención para familias en situación de calle" establecido por el dec. 690/06—; fundamentos a los cuales también me remito.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 166/178; revocar la sentencia de

fs. 161/163 vta. y reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09. Sin costas.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución mencionada en el punto anterior.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique esta sentencia conjuntamente con el precedente referido en ella, y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

En los siguientes expedientes los señores jueces resolvieron revocar la sentencia y reenviar las causas a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces que entendieron en ellas se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 6754/09). Asimismo remitieron a sus fundamentos expuestos en la citada causa.

"Arrieta, Luis Alberto y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7222/10); "Genes, Abelardo Maximiliano c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7182/10); "Miranda Santander, Gualberto c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7108/10); "Dalla Via, Carlos José c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7103/10); "Formigo, Carlos Alberto c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7066/10); "Sanabria, Alicia Lorena c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7045/10); "Rojas Lara, Nancy Aurora c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6899/09); "Herchhoren, Néstor Ricardo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6755/09); "Quizberth Castro, Sonia Yolanda c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6769/09); "Lescano, Rosa Mavel c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6801/09); "Pronesti, María Cristina y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6803/09); "Schneider, Claudia Alejandra y otro c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) sobre recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 6824/09); "Aromando, Diego Maximiliano y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6831/09); del 12/7/2010; "Martínez, Agustín Alejandro c/GCBA y otros s/amparo

(art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7120/10); "Alessio, Lidia Antonia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7085/10); "Alonso, Gloria Sara c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7054/10); "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Robledo, Carlos Sebastian c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'" (expte. nº 6659/09); del 13/7/2010; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Jorge Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" (expte. nº 6660/09); del 14/7/2010; "Candapais, Osmar c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6897/09) y; "Miño, Andrés y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7109/10); del 15/7/2010.

CLVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'QUIROGA ÁLVAREZ, GABRIEL UBALDO S/INFR. ART(S). 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Suspensión del proceso contravencional a prueba. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Facultades. Oposición fiscal. Sentencia equiparable a definitiva.

SUMARIOS:

1. La argumentación del recurrente resulta suficiente para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad contra la decisión que hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba pese a la oposición fiscal pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Al encontrarse discutidas las potestades que, en principio, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, con el efecto suspensivo que se otorga al recurso de queja se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o

inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva el efecto suspensivo solicitado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La interposición del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 7305/10 - 12/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia, pese a la oposición fiscal, se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Cámara confirmó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, propició que el Tribunal admitiera el recurso directo e hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Asimismo, solicitó que se le diera efecto suspensivo a la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA— (conf. "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad

denegado en: 'Jiménez, Juan Alberto s/infr. art(s). 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", expte. nº 7238/10, resolución del 11/6/2010, y sus citas).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Si bien el efecto suspensivo peticionado por el fiscal general adjunto tiene naturaleza excepcional y debe ser aplicado con carácter restrictivo, en el caso aparecen discutidas potestades que, *en principio*, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo dicho por este Tribunal en el precedente "Lucía" (18/5/2009), potestades cuyo eventual desconocimiento, *prima facie* denunciado, podría ameritar una resolución favorable al interés representado por el solicitante. Con el efecto suspensivo que aquí se decide, tal como sucediera en materia penal en la causa "Estigarribia" (4/12/2009), se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva el efecto suspensivo solicitado en autos (véanse mis votos en "Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del 3/12/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009).

Por ello, corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo requerido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal

puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re* "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. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—'", expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, los argumentos expuestos por el señor fiscal para dar base a su solicitud se agotan en la simple referencia genérica a la posibilidad de que "se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 80).

En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7250/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez Goyena, Raúl Alejandro s/infr. art(s). 111 CC'", del 12/7/2010; nº 7324/10 " Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pamporo Magliano, María Josefina s/infr. art(s). 111 CC'" y nº 7278/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ramponi, Aníbal Federico s/infr. art(s). 111 CC'", del 13/7/2010; nº 7277/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Privitello, Mariela Dana s/infr. art. 111 CC'"; nº 7280/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones

con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morgada, Patricio s/infr. art(s). 111 CC'", del 14/7/2010; nº 7325/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fuchs, Silvia s/inf. art. 111 CC'", y nº 7304/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pardo, Sergio Antonio s/inf. art. 111 CC'", del 15/7/2010.

CLIX

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'NN (YERBAL 2635) S/INF. ART. 181, INC. 3º, C.P. —INCONSTITUCIONALIDAD'"

RECURSO DE QUEJA: Usurpación de inmueble.
ASESORÍA GENERAL TUTELAR: Legitimación.
MENORES DE EDAD: Derecho a una vivienda digna. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ministerio Público de la Defensa.

SUMARIOS:

1. El legislador de la Ciudad de Buenos Aires, siguiendo a su par nacional (arts. 335, CPP, y 238 bis, CPPN, respectivamente), ha previsto que, a pedido del damnificado, se podrá ordenar la restitución provisional del bien usurpado cuando el derecho invocado sobre aquél resulte verosímil. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El representante del Ministerio Público Tutelar pretende obstaculizar el procedimiento de restitución provisional del bien usurpado, previo a la sentencia definitiva y a la evaluación de si corresponde o no arribar a ésta, fundamentando su actuación en el hecho de que se encuentran comprometidos los derechos de varios menores de edad que, en el caso no aparecen imputados en el delito denunciado y que, según nadie discute, residen en ese lugar por decisión de los adultos a cuyo cargo se encuentran. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El hecho de que el Estado reconozca el derecho a la vivienda no significa que pueda permitirse la continuidad de una apropiación irregular o injustificada, ni que se pueda dejar de intervenir en perjuicio de un particular que nada tiene que ver con el derecho constitucional reconocido a toda persona, porque dicho reconocimiento no le confiere a estos ocupantes ningún derecho sobre un inmueble ajeno,

ni coloca a su legítimo propietario en la obligación de tener que tolerar la intromisión o despojo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. En la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —aun en el supuesto de que los menores de edad resulten imputados por el delito que se investiga— la defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores de confianza que las personas sometidas a proceso designan (arts. 29, CPP ó 37, RPPJ), y una exposición indiscriminada o aislada de planteos y cuestionamientos como los que busca hacer valer el Ministerio Público Tutelar en autos —con la finalidad de que los menores de edad sean oídos —, podría entrar en colisión con la estrategia defensiva elegida por los representantes legales y necesarios de aquellos menores (arts. 264 y ss., Cód. Civil), cuya actuación no debe ser suplida ni desatendida, sin causa que así lo justifique. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La intervención de la Asesoría Tutelar en el marco de una causa judicial se encuentra regida por las leyes y del conjunto de normas en juego se desprende, con nitidez, que el Ministerio Público Tutelar deberá intervenir cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como delito sea menor de dieciocho (18) años (art. 155, CPP) o en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años (art. 40, RPPJ). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Dada la existencia de menores de dieciocho años que no han sido imputados por el delito previsto en el art. 181, C.P. y que habitan en el inmueble en cuestión, por decisión de sus representantes necesarios, el integrante del Ministerio Público Tutelar no se encuentra legitimado para formular los planteos de nulidad desechados por las instancias de mérito. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. No basta la genérica invocación de un derecho, como el de la vivienda o alegar al interés superior del niño, si la asesora tutelar no indica siquiera que la persona menor detente un derecho a la vivienda sobre la que se habría dispuesto el desalojo o que el grupo familiar vaya a quedar en situación de calle, situación en la que, por lo demás, puede recurrir a algunos de los mecanismos asistenciales que brinda la Ciudad, de lo que, de alguna manera, se ocupa el fiscal (conf. resol. 121/FG/08). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La Asesoría Tutelar ha tomado efectivo conocimiento de una situación que señala como de las que requieren de su intervención, a raíz de la cual inició la vía recursiva que la trajo en queja ante este Tribunal, pero no ha logrado acreditar que la participación que se le diera en el proceso resultara insuficiente para permitir el ejercicio de sus facultades constitucionales (art. 125, incs. 1º y 2º, CCBA) o la protección de derechos de raigambre constitucional de las personas menores de dieciocho años de edad involucradas en el caso (art. 12, CIDN; 18 y 75, inc. 22, C.N. y arts. 10, 11, 31 y 39, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. El inciso primero del art. 49 de la ley 1903 establece que los asesores tutelares deben intervenir en las cuestiones judiciales en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad, emitiendo el correspondiente dictamen, previsión legal de la que no deriva que el asesor tutelar pueda, para proteger el interés de las personas menores de edad

que pudieran verse afectadas por la concreción de una medida cautelar dispuesta durante la tramitación de un proceso penal seguido a los adultos a cuyo cargo ellos se encuentren, convertirse en una segunda defensa técnica con estrategia procesal propia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. El marco general en el que deben ser analizadas las cuestiones judiciales que involucran a niños y niñas es el que determina la Convención sobre los Derechos del Niño, que es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad, lineamientos que inspiraron la sanción de la ley nacional 26.061, del art. 39 de la CCBA y de la ley local 114. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La ley local 1903 establece que las asesorías tutelares de primera y segunda instancia, deberán tener intervención en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen (art. 49, inc. 1º). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La ley 2451, en coincidencia con la Convención de los Derechos del Niño en la materia, define un régimen adicional de garantías para los niños y niñas que sean imputados/as, víctimas o testigos en un proceso penal (art. 40), siendo una norma que suma a los derechos y garantías que surgen del marco general, un plexo de garantías especiales, de modo que de ninguna manera podría entendérsela como excluyente o restrictiva respecto del régimen general. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Afirmar que el art. 40 de la ley 2451 desplaza lo prescripto en el art. 49, inc. 1º de la ley 1903, configura una violación del principio *pro homine* que debe regir cualquier interpretación en el campo de los DDHH. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 6895/09 - 12/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora asesora general tutelar de la Ciudad interpuso un recurso de queja (fs. 42/48) contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 38/40) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad deducido, a su turno, contra la resolución mediante la cual la mayoría del tribunal *a quo* (fs. 11/19) rechazó la apelación intentada contra el interlocutorio de primera instancia en cuanto tuvo por no legitimado al Ministerio Público Tutelar y, por dicho motivo, no hizo lugar a un

planteo de nulidad —encaminado a que se dejara sin efecto la orden de lanzamiento de los ocupantes del inmueble sito en Yerbal 2635— (fs. 1/4).

2. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen (fs. 65/66), consideró que correspondía rechazar la queja interpuesta por la señora asesora general tutelar, por carecer de legitimación procesal para actuar en este proceso.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

La presentación directa, aunque fue interpuesta en tiempo y forma, no puede prosperar. Tal como lo sostiene —de manera contundente— el fiscal general adjunto, el objeto de este proceso no se relaciona con el derecho a la vivienda que tienen las personas menores de dieciocho años de edad que en apariencia habitan en el inmueble de marras, ni se discute el compromiso asumido por el Estado local de procurar o garantizar tal derecho a todas las personas en general, sean mayores o menores de edad, en la medida en la cual se encuentren en situación extrema (art. 31, CCBA). Por el contrario, el objeto de este proceso penal se vincula con la usurpación de un inmueble que *prima facie* habría sufrido un particular, que acudió a la justicia para que su derecho real sobre aquel inmueble, debidamente constituido y acreditado, sea reestablecido (art. 181, C.P.). El legislador de esta Ciudad, siguiendo a su par nacional (arts. 335, CPP, y 238 bis, CPPN, respectivamente), ha previsto que, a pedido del damnificado, se podrá ordenar la restitución provisional del bien usurpado cuando el derecho invocado sobre aquél resulte verosímil. Es este procedimiento de restitución provisional, previo a la sentencia definitiva y a la evaluación de si corresponde o no arribar a ésta, el que ha pretendido obstaculizar el representante del Ministerio Público Tutelar, fundamentando su actuación en el hecho de que se encuentran comprometidos los derechos de varios menores de edad; menores que en el caso no aparecen imputados por el delito denunciado y que, según nadie discute, residen en ese lugar por decisión de los adultos a cuyo cargo se encuentran.

En mi concepto, si hay algún derecho en juego frente a una denuncia de usurpación ése es el derecho de la víctima a que se le restituya lo que es suyo y en general no entran en juego —no al menos de manera directa— los derechos o intereses de los sujetos que se apropian, o se aprovechan, de lo que no les pertenece. El hecho de que el Estado reconozca el derecho a la vivienda no significa que pueda permitirse la continuidad de una apropiación irregular o injustificada, ni que se pueda dejar de intervenir en perjuicio de un particular que nada tiene que ver con el derecho constitucional reconocido a toda persona, porque dicho reconocimiento no le confiere a estos ocupantes ningún derecho sobre un inmueble ajeno, ni coloca a su legítimo propietario en la obligación de tener que tolerar la intromisión o despojo. La satisfacción de la pretensión del damnificado naturalmente tendrá impacto social sobre el conjunto de personas, mayores o menores de edad, que ocupan de manera ilegítima el inmueble usurpado —impacto que será mucho mayor

para quien sea enjuiciado o eventualmente condenado por el delito en cuestión—, pero ello no implica que cualquier defensa pueda ser opuesta o ventilada durante el trámite del proceso penal sustanciado ante el fuero con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, pues en éste sólo puede tener cabida la defensa material para refutar la imputación concreta o, por caso, la discusión sobre la procedencia o improcedencia de la medida de restitución —cuando se encuentre controvertida la verosimilitud del derecho real sobre el bien.

Conviene tener muy presente que en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —aun en el supuesto de que los menores de edad resulten imputados por el delito que se investiga— la defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores de confianza que las personas sometidas a proceso designan (arts. 29, CPP o 37, RPPJ). De ello se sigue que eventualmente, una exposición indiscriminada o aislada de planteos y cuestionamientos como los que busca hacer valer el Ministerio Público Tutelar en autos —con la finalidad de que los menores de edad sean oídos—, podría entrar en colisión con la estrategia defensiva elegida por los representantes legales y necesarios de aquellos menores (arts. 264 y ss., Cód. Civil), cuya actuación no debe ser suplida ni desatendida, sin causa que así lo justifique.

En concreto, tal como lo han expresado los magistrados intervinientes —o la mayoría de ellos—, la intervención de la Asesoría Tutelar en el marco de una causa judicial se encuentra regida por las leyes y, precisamente, son las leyes que se refieren a su actuación las que le niegan su participación en este proceso con el alcance que pretende. Del conjunto de normas en juego se desprende, con nitidez, que el Ministerio Público Tutelar *deberá* intervenir cuando "la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como delito sea menor de dieciocho (18) años" (art. 155, CPP) o "en los procesos penales por delitos en los cuales resulta *imputado/a, víctima o testigo* una persona menor de dieciocho (18) años" (art. 40, RPPJ). En la presente causa no existe elemento alguno que permita establecer que los menores de edad, cuyos derechos dice representar la Asesoría Tutelar, revistan el carácter que exige la ley para habilitar su intervención (imputado, víctima o testigo), ni hay razones que permitan suponer que aquéllos se encuentran desamparados o vayan a estar en una situación de riesgo, a causa de lo que pueda decidirse —provisional o definitivamente— en este proceso penal.

Como lo he dicho en varias oportunidades, la incorporación de sujetos al proceso está regulada por las normas procesales y no puede participar de su trámite cualquier persona u órgano público que lo considere conveniente, sino sólo aquellos que tienen legitimación suficiente para hacerlo, pues debe existir cierta coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita para conocer y contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. Los magistrados, para mantener el buen orden del trámite y en ejercicio de facultades instructorias, pueden apartar de las causas a quien efectúa peticiones sin estar legitimado (mi voto, entre otros, "Ministerio Público —Asesoría Tutelar ante la CCAyT— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos:

'Comisión Municipal de la Vivienda c/T. R. s/desalojo'", expte. nº 1472, sentencia del 16/10/2002).

En síntesis, no es posible la intervención del Ministerio Público Tutelar con el alcance pretendido, porque los menores de edad que aparentemente habitarían en el inmueble, además de estar allí bajo la tutela de sus padres o representantes legales, no revisten el carácter exigido por la ley. Admitir sus presentaciones y peticiones en los términos del art. 49.1, LOMP supone hacerlo, también, en todo expediente penal, contravencional o de faltas, en el cual la persona imputada tenga hijos, pues es indudable que cualquier decisión que se tome a su respecto comprometerá al menos indirectamente "los derechos de las personas menores de edad" que se encuentran a su cargo. Asimismo, su intervención en los términos del art. 49.2, LOMP se encuentra supeditada a la ausencia o defecto de la adecuada representación o tutela por parte de sus padres, *ausencia o defecto que no ha sido denunciado o demostrado en el caso concreto, ni es posible conjeturar en abstracto*. En tal sentido, ya he dicho que si el Ministerio Público Tutelar "presupone falencias, necesidades o requerimientos, no evidenciados en el caso concreto por los sujetos que es su misión tutelar, pasa a ejercer algo distinto de la representación que le atribuye esta norma sustantiva, como es una suerte de paternalismo estatal sobre la vida de los menores (…) paternalismo [que] no puede ser cobijado por el principio de la tutela del interés superior del niño [art. 3º, CDN], ni es el tipo de protección diseñado por las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad" (mi voto en: "Comisión Municipal de la Vivienda c/G., M. E. s/desalojo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1426, sentencia del 10/7/2002).

Lo expuesto en los párrafos que anteceden no importa afirmar que los integrantes del Ministerio Público Tutelar no puedan hacer todo lo que esté a su alcance para que los menores de dieciocho años involucrados no queden desamparados —o en la calle—, si es que ello puede llegar a ocurrir —en el supuesto de que su núcleo conviviente no alcance a solucionar, a tiempo, su situación habitacional—, ni los inhibe de su deber de promover las medidas pertinentes para la protección de sus derechos ante la Administración, o por las vías judiciales correspondientes. Objetivamente estoy convencida de que los procesos penales que tramitan por ante los distinguidos magistrados con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas —a raíz de supuestas usurpaciones de inmuebles de dominio privado— no es la vía ajustada para hacerlo. Para resolver como lo hago tengo a la vista la resol. 121/08 del Ministerio Público Fiscal (*BOCBA* nº 2956 del 23/6/2008), en cuanto se establece un protocolo de actuación conjunta entre los fiscales de la Ciudad y los órganos de Gobierno que intervienen en el procedimiento de restitución provisional (art. 335, CPP) poniendo especial énfasis "en la protección de los niños y adolescentes y población de riesgo, que se encuentre en el lugar, en cualquier circunstancia".

Por las razones expuestas y en las condiciones descriptas más arriba —existencia de menores de dieciocho años que no han sido *imputados* por el delito previsto en el art. 181, C.P. y que habitan en el inmueble en cuestión, por decisión de sus

representantes necesarios—, entiendo que el integrante del Ministerio Público Tutelar no se encontraba legitimado para formular los planteos de nulidad desechados por las instancias de mérito. Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

En asuntos como el presente es previsible que haya intereses o derechos de las personas menores de edad, algunos de los cuales podrán ser materia del ejercicio de la Asesoría Tutelar, circunstancia que hace aconsejable el diseño de mecanismos que posibiliten que esa Asesoría tome conocimiento de la situación de hecho en una oportunidad adecuada para tornar posible el ejercicio de sus competencias. Que, sin embargo, ello no implica constituir en parte necesaria a la Asesoría en cada causa en la que sea parte una persona que tenga a una persona menor de edad a su cargo. En el caso, naturalmente, la asesora tutelar ha tomado conocimiento de la situación de hecho descripta en su presentación. Por su parte, cierto es que probablemente lo que se disponga en las actuaciones en las que busca participar puede tener un impacto, quizás hasta muy significativo, en la vida de la persona menor. Sin embargo, no enuncia en su presentación cuál sería el derecho de la persona menor conculcado, tampoco cuál sería la circunstancia que justifica el ejercicio de la representación promiscua con quien ejerce la patria potestad o se encuentra a cargo de la persona menor de edad. No basta a estos fines una genérica invocación de un derecho, como el de la vivienda o alegar al interés superior del niño. La asesora no indica siquiera que la persona menor detente un derecho a la vivienda sobre la que se habría dispuesto el desalojo o que el grupo familiar vaya a quedar en situación de calle, situación en la que, por lo demás, puede recurrir a algunos de los mecanismos asistenciales que brinda la Ciudad, de lo que, de alguna manera, se ocupa el fiscal (conf. resol. 121/FG/08).

Así las cosas, resulta de lo actuado que la recurrente ha recibido conocimiento de la situación que podría suscitar la vulneración de un derecho, o la afectación de un interés legalmente tutelado, de una persona menor involucrada en ella, y que corresponda a la clase cuya representación le encomienda el orden jurídico, pero, no ha traído a los jueces de mérito un reclamo de esa especie sino que ha invocado normas de rango constitucional sin indicar cuál sería su relación directa con la situación de autos. Con relación a esto último, sus planteos sólo muestran que se encuentra disconforme con la interpretación que la sentencia impugnada dio a las normas que regulan su actuación dentro del procedimiento (art. 40, ley 2451 y 49, ley 1903), pero no que ella exceda el marco interpretativo propio de los jueces o que ponga a dichas leyes en pugna con un precepto superior a ellas.

Por las razones expuestas, y los argumentos concordantes del voto de la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, propicio rechazar la queja impetrada por la Asesoría General Tutelar.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo exponen los doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano, la queja interpuesta por la señora asesora general tutelar debe ser rechazada, pues no ha logrado demostrar la configuración, en el caso, de una cuestión constitucional en torno a las normas que invoca.

En este caso, la Asesoría Tutelar ha tomado efectivo conocimiento de una situación que señala como de las que requieren de su intervención, a raíz de la cual inició la vía recursiva que la trajo en queja ante este Tribunal, pero no ha logrado acreditar que la participación que se le diera en el proceso resultara insuficiente para permitir el ejercicio de sus facultades constitucionales (art. 125, incs. 1º y 2º, CCBA) o la protección de derechos de raigambre constitucional de las personas menores de dieciocho años de edad involucradas en el caso (art. 12, CIDN; 18 y 75, inc. 22, C.N. y arts. 10, 11, 31 y 39, CCBA).

2. Según lo establece el inciso primero del art. 49 de la ley 1903, los asesores tutelares deben intervenir en las cuestiones judiciales en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad, emitiendo el correspondiente dictamen. Esto es, el legislador —en consonancia con las regulaciones constitucionales relativas a los derechos de los sujetos menores de 18 años de edad— ha considerado necesario que la opinión (*dictamen*) del asesor tutelar sea escuchada tempestivamente ante cualquier procedimiento judicial que pueda poner en juego derechos de personas menores de edad.

De aquella previsión legal no se deriva, sin embargo, que el asesor tutelar pueda, para proteger el interés de las personas menores de edad que pudieran verse afectadas por la concreción de una medida cautelar dispuesta durante la tramitación de un proceso penal seguido a los adultos a cuyo cargo ellos se encuentren, convertirse en una segunda *defensa técnica* con estrategia procesal propia. La ley requiere que el asesor tutelar sea oído en los procedimientos judiciales, en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes que puedan encontrarse comprometidos sin estar ellos imputados, pero no en lo que hace a la refutación material de la imputación efectuada a los adultos en el caso o a la validez de los actos procesales que los tengan por destinatarios, aun cuando como consecuencia indirecta de aquellos actos puedan ponerse en juego derechos o intereses de personas menores de edad.

3. Nada indica, por otra parte, que esta vía oblicua que se postula en el recurso resulte idónea para atender al *derecho a una vivienda digna* o al *interés superior del niño*, invocados de manera genérica en el caso, y la recurrente no ha hecho esfuerzos en este sentido.

En suma, no se pretende negar aquí la incidencia que una medida cautelar como la dispuesta por los jueces de mérito pueda tener sobre los niños que sean, en definitiva, desalojados de la vivienda en cuestión. Pero lo decidido en este proceso en nada impide a la señora asesora general tutelar el cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes le imponen para asegurar su justa pretensión de evitar el desamparo de los niños cuyos derechos pudieran resultar afectados en el caso,

que no se agotaría en la permanencia en la situación habitacional precaria en que podrían encontrarse en el inmueble objeto de la medida cuestionada en autos.

Por los argumentos que anteceden y los concordantemente expuestos en los votos de la doctora Ana María Conde y el doctor Luis F. Lozano, la queja no puede prosperar.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la asesora general tutelar, Sra. Laura Musa (art. 33, ley 402), cumple con los requisitos formales prescriptos por la ley y contiene una crítica acertada de la resolución que le denegara el recurso de inconstitucionalidad, por lo que debe ser admitido.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la asesora ha logrado plantear con éxito un caso constitucional. En su escrito se agravia por entender que la Cámara de Apelaciones no observó la profusa normativa local, nacional e internacional que refiere a la necesaria participación procesal del órgano estatal específicamente designado para intervenir cuando los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad se hallen en una situación de posible menoscabo (art. 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 75, inc. 22, C.N.; los arts. 10 y 39 CCBA; la ley nacional 26.061, la ley local 114; y la ley local 1903).

3. La cuestión a decidir es si el Ministerio Público Tutelar posee legitimación para intervenir en procesos penales cuando las decisiones dictadas en el marco de dichos procesos, pudieran afectar el goce de derechos constitucionales de niños y niñas, aun cuando no revistan el carácter de imputados o procesados en la causa. Más precisamente, en estas actuaciones como en muchas otras que de manera simultánea debe resolver el Tribunal, se investiga la posible comisión del delito de usurpación y se ha ordenado la restitución de inmuebles habitados por niños (conf. art. 335, CPP CABA), sin que hubiera intervención de la Asesoría Tutelar. En algunos de esos casos ocurre además, que entre los presuntos usurpados también hay niños.

4. El eje de esa errónea interpretación se funda en la asimilación de la situación de autos al supuesto regulado por el art. 40 de la ley local 2451 que establece el Régimen Procesal Penal Juvenil. De manera secundaria se acumulan argumentos de muy distinto tipo todos orientados a justificar el apartamiento del asesor tutelar. Por ejemplo que: *1)* en supuestos como el del expediente en análisis, la afectación que pudiera invocarse respecto de los niños y niñas, no sería más que una consecuencia disvaliosa e indirecta del proceso; *2)* una interpretación en sentido contrario implicaría lo que es calificado como un "absurdo jurídico", esto es, que el Ministerio Público Tutelar debería estar legitimado como parte prácticamente en todos los procesos por supuesta infracción del art. 181 C.P., ya que en general suele haber niños y niñas en el grupo que ocupa ilegalmente un inmueble; *3)* en los casos en que se llevó a cabo el desalojo, el mismo se produjo conforme lo establecido en la resol. 121/08 de la Fiscalía General.

Como adelanté, la decisión recurrida produce una lesión de derechos de raigambre constitucional, que es consecuencia de una incorrecta y sesgada interpretación del plexo normativo involucrado, que invierte el rango de jerarquía de las disposiciones que rigen en la materia.

5. El marco general en el que deben ser analizadas las cuestiones judiciales que involucran a niños y niñas es el que determina la Convención sobre los Derechos del Niño, que es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad. Tales lineamientos son los que inspiraron la sanción de la ley nacional 26.061, del art. 39 de la CCBA y de la ley local 114.

En el mismo sentido la ley local 1903, establece que las asesorías tutelares de primera y segunda instancia, deberán tener intervención "en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, *en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad* o de los/as incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen" (art. 49, inc. 1º, el destacado es mío).

Ese es el régimen de derechos y garantías del que gozan todos/as los/as niños/as que habitan esta Ciudad.

6. La ley 2451, en coincidencia con la Convención de los Derechos del Niño en la materia, define un régimen adicional de garantías para los niños y niñas que sean imputados/as, víctimas o testigos en un proceso penal (art. 40).

Se trata de una norma que suma a los derechos y garantías que surgen del marco general, un plexo de garantías especiales. Por tanto, de ninguna manera podría entendérsela como excluyente o restrictiva respecto del régimen general descripto en el apartado anterior.

Afirmar que el art. 40 de la ley 2451 desplaza lo prescripto en el art. 49, inc. 1º de la ley 1903 ya citada, configura una violación del principio *pro homine* que debe regir cualquier interpretación en el campo de los DDHH. Este aspecto es relevante y adquiere especial significación en aquellos supuestos en los que los procesos penales por usurpación aparecen como los mecanismos legales utilizados para criminalizar profundos conflictos sociales en los que están en juego los derechos humanos protegidos por el PIDESC, en especial el acceso a una vivienda digna (al respecto véanse mis votos en el expte. n° 6754, "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 12, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y en el expte. n° 6153, "Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad").

7. Es oportuno volver a señalar la insuficiencia y la gravedad de las razones expresadas por los jueces de mérito para desconocer la legitimación de la Asesoría Tutelar.

En efecto, en autos se ignora la primacía de las reglas y principios impuestos por la C.N., la CCBA y los tratados internacionales; se hace una lectura restrictiva y equivocada de las leyes nacionales y locales para limitar inválidamente el sentido de

sus disposiciones, hasta el extremo de dar preeminencia a una resolución emanada del Ministerio Público Fiscal; y se utiliza la expresión de "absurdo jurídico" para calificar la intervención del asesor tutelar en todos y cada uno de los casos en que estén involucrados derechos humanos y niños o adolescentes. Y por fin, se resta entidad a las efectivas o potenciales afectaciones a esos derechos (humanos) y a esos sujetos (niños y adolescentes) calificándolas como "consecuencias disvaliosas".

8. Voto en consecuencia por hacer lugar a la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia que lo motivara y reenviar a la Cámara a sus efectos.

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 interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 6905/09 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Acosta, Yanel Paola s/art. 181, inc. 1º C.P. —recurso de inconstitucionalidad—'" y su acumulado nº 6941 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Acosta, Yanel Paola s/art. 181 inc. 1º, C.P. —recurso de inconstitucionalidad—'", del 13/7/2010 y nº 7298/10 "Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Romero, María Itatí s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.'"; nº 7399/10 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Guerra, Yenni Felíx s/infr. art. 181, inc. 1º, usurpación (despojo) C.P.'"; nº 7420/10 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Escobar, Silvina y otros s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.'" y nº 7199/10 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Castillo Pardo, María Magdalena y otros s/inf. art. 181, inc. 1º, C.P.'", del 14/7/2010.

CLX

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ELOLA, HERNÁN EZEQUIEL S/INFR. ART. 111 CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Efectos suspensivos. Caso constitucional. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación. Equiparación a sentencia definitiva. Ley de procedimiento contravencional. Irretroactividad de la ley. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

SUMARIOS:

1. La resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad fue dictada cuando la ley procesal vigente a ese momento sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo del recurso de queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Jorge A. Franza).*

2. Con independencia de que el señor fiscal ante la Cámara interpuso el recurso de inconstitucionalidad y la queja con posterioridad a que entrase en vigencia la nueva redacción del art. 53 de la ley 12, en la medida en la cual esa modificación legal hizo nacer un derecho recursivo en cabeza de la Fiscalía que —al dictarse la resolución— esa parte no tenía, la decisión surtió plenos efectos y pasó en autoridad de cosa juzgada para el Ministerio Público Fiscal, al amparo de la ley anterior, situación que no varía frente al hecho de que esa decisión le haya sido notificada cuando ya se encontraba en vigencia la nueva redacción, que sí le confiere legitimación, pues la recurribilidad de esa sentencia debe ser examinada a la luz de la ley vigente al momento de su dictado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Jorge A. Franza).*

3. Dada la nueva redacción del art. 53 de la ley 12 que concede a "las partes" la posibilidad de interponer los recursos de los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad y de queja. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

4. La solicitud efectuada por el señor fiscal general adjunto para que se conceda el efecto suspensivo del recurso de queja se sustenta en una argumentación suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7157/10 - 12/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso recurso de queja (fs. 67/77) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/4). Este remedio procesal ataca la decisión de la Sala I que confirmó la suspensión del proceso a prueba decidida, en primera instancia y pese a la oposición de la Fiscalía, a favor del Sr. Hernán Ezequiel Elola.

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recurso deducido y propició que el TSJBA hiciera lugar a la queja y tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado y que, oportunamente, declarara la nulidad de las decisiones cuestionadas a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 81/87).

Asimismo, solicitó que "...se conceda el efecto suspensivo del recurso de queja interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, a fin de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido…".

La petición reseñada en el párrafo anterior fue puesta a consideración del Tribunal (fs. 88).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, considero apropiado afirmar que dada la nueva redacción del art. 53 de la ley 12 (reformada por ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010) que concede a "las partes" la posibilidad de interponer los recursos de los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad y de queja.

Como lo ha expresado este Tribunal en otras ocasiones, los actos procesales deben ajustarse a las disposiciones vigentes al momento en que estos se cumplen (conf., en lo pertinente, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ybarra, Luis Antonio s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC'", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art. 111, CC'", expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010,

entre otras). En ese sentido, la posibilidad formal de impugnar las decisiones nace con la notificación practicada de acuerdo a las formas legalmente previstas. Es ese el momento en el que el pronunciamiento del órgano jurisdiccional queda efectivamente integrado como acto procesal y produce sus efectos respecto de las partes que quedan, entonces, vinculadas con aquel. En consecuencia, la impugnabilidad objetiva y subjetiva de la decisión cuestionada debe verificarse al momento de su notificación.

En el caso, la decisión cuestionada a través del recurso de inconstitucionalidad del Ministerio Público Fiscal, dictada el 30/12/2009, fue notificada a las partes el día 3/2/2010, oportunidad en la que la reforma procesal referida ya había entrado en vigencia, con lo que el representante del Ministerio Público Fiscal estaba, en el caso, legitimado para interponer el recurso en cuestión.

2. En cuanto a la solicitud efectuada por el señor fiscal general adjunto (véase punto 2, segundo y tercer párrafo, del resulta) entiendo que la argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA— (conf. "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Jiménez, Juan Alberto s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", expte. nº 7238/10, resolución del 11/6/2010, y sus citas).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, el Dr. José O. Casás, en que el recurso de inconstitucionalidad de fs. 21/30 fue interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (conf. lo dispuesto en la ley 3382) y en tiempo oportuno.

2. Sentado ello, también coincido con mi colega en que corresponde otorgarle a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto a fs. 87/87 vta. Ello así, porque, a mi juicio, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita (conf. la doctrina de mis votos *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los

efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009; y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad fue dictada el 30/12/2009. La ley procesal vigente a ese momento sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Al margen de que este acuerdo ha sido convocado con el propósito de decidir sobre el "efecto suspensivo", peticionado por el señor fiscal general adjunto, las razones que expuse recientemente al emitir mi voto en los autos "Pazos" (expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010) me obligan a rechazar la queja sin más trámite.

Concretamente: la sentencia fue dictada el 30/12/2009 y notificada a esa parte el 3/2/2010; la modificación de la ley procesal 12, en lo que respecta a su art. 53 (ley 3382), fue publicada en el *BO* el 21/1/2010; el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto el 11/2/2010 y la queja el 25/3/2010.

Con independencia de que el señor fiscal ante la Cámara interpuso el recurso de inconstitucionalidad y la queja con posterioridad a que entrase en vigencia la nueva redacción del art. 53 de la ley 12, lo cierto es que, en la medida en la cual esa modificación legal hizo nacer un derecho recursivo en cabeza de la Fiscalía que —al dictarse dicha resolución— esa parte no tenía ("Rodríguez y Ball", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999), la decisión surtió plenos efectos y pasó en autoridad de cosa juzgada para el Ministerio Público Fiscal, al amparo de la ley anterior. En este sentido, no es posible olvidar que, antes de aquella reforma, el único sujeto habilitado para apelar el fallo de Cámara —esto es, el contraventor— tenía el derecho a que su situación jurídica existente y consolidada no se viera alterada, modificada o perturbada por la actuación del órgano acusador, derecho que reconocía su base —cuanto menos— en la ley anterior. Está fuera de discusión que el legislador puede sancionar una nueva ley procesal para otorgar un recurso más al Ministerio Público Fiscal (CSJN, "Arce", *Fallos,* 320:2145), que ningún acusado tiene derecho a que las leyes procesales se mantengan inmutables y que las leyes procesales, en principio, se aplican a los procesos en trámite —con la particularidad de que, dentro de las causas en trámite, se aplican a los actos cumplidos a partir de la vigencia de la reforma procesal en cuestión ("Ybarra", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010)—. Sin embargo, razones de equidad y seguridad jurídica me llevan

a afirmar que el estado de cosas del que gozaba el imputado en estas actuaciones ya estaba definido, en cuanto a sus características y efectos jurídicos —aunque dichos efectos aún no se estuvieran produciendo—, con el dictado de la decisión de la Cámara y aquel estado de cosas debe permanecer inalterable.

La situación, a mi criterio, no varía frente al hecho de que esa decisión haya sido notificada al Ministerio Público Fiscal cuando ya se encontraba en vigencia la nueva redacción, que sí le confiere legitimación, pues, como ya lo he dicho, la recurribilidad de esa sentencia debe ser examinada a la luz de la ley vigente al momento de su dictado ("Pazos", ya citado). Deseo aclarar que mi convicción sobre la solución que adopto se funda en el hecho de que esta ley procesal —al permitir que el Estado continúe ejerciendo su poder punitivo sobre el ciudadano, ante esta instancia— resulta menos favorable al interés del contraventor.

Así lo voto.

El juez Jorge A. Franza dijo:

Adhiero a las propuestas de mis distinguidas colegas, las Dras. Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, en cuanto entienden que la queja ha de ser rechazada por carecer, el señor fiscal de recurso alguno al momento del dictado de la sentencia que intenta cuestionar.

A mayor abundamiento, estimo que el recurso tampoco resulta admisible por no haberse demostrado de qué forma la resolución de la Sala I afecta las garantías constitucionales genéricamente invocadas.

No explica, el quejoso, en su presentación de fs. 67/77, así como tampoco surge del recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 21/30, de qué manera la resolución que, pese a la oposición fiscal, confirma la concesión de la *probation* contravencional respecto de Hernán Ezequiel Elola, afecta el debido proceso o el sistema acusatorio.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar la presente queja. Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 67/77.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Jorge A. Franza.*

CLXI

"ALTOS DE BOULEVARD CENTRO PRO-VIDA, S.A. S/INF. ART(S). 4.1.1.2, HABILITACIÓN EN INFRACCIÓN S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. RÉGIMEN DE FALTAS. UNIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL DE FALTAS: Multa. Aumento de la pena. Prohibición de *reformatio in peius*. Cosa juzgada. Debido proceso. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. La ley 1217 estructura el procedimiento de faltas en dos etapas: una primera, que transcurre ante la autoridad administrativa (UACF); y una segunda, ante los órganos permanentes del Poder Judicial, y los actos emitidos en la primera por los controladores tienen, por su objeto, naturaleza jurisdiccional y, consecuentemente, una vez firmes gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser ni revisados ni modificados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. A la segunda etapa del procedimiento de faltas sólo se arriba a instancia del imputado, puesto que sólo está prevista la intervención del Ministerio Público Fiscal una vez instada la vía judicial y con carácter optativo (art. 41, penúltimo párrafo, ley 1217), y supone una revisión amplia del acto dictado por la Unidad Administrativa de Control de Faltas, ante la instancia judicial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Asiste razón al recurrente cuando afirma que la pena por la impuesta por la Unidad Administrativa de Control de Faltas para la infracción cuya sanción ahora resiste, no pudo ser agravada por los jueces de mérito, puesto que la decisión del controlador, constituyó el techo que posee el margen de discreción de los jueces en la segunda fase del procedimiento de faltas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La plena vigencia de la garantía de defensa requiere de manera ineludible que toda interpretación de la misma se realice tomando como base el principio de buena fe, y el Estado no puede condicionar la vigencia de las garantías exigiendo conductas heroicas por parte de los administrados, que impongan una autorrestricción en la demanda de derechos en virtud del riesgo plausible de ver su situación agravada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El pase de las actuaciones administrativas a sede judicial previsto por el art. 24 de la ley 1217 no impide que los magistrados intervinientes ingresen en la consideración de la subsunción legal de los hechos que son objeto de juzgamiento y, eventualmente, decidan una condena más gravosa que aquella discutida en un inicio ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas, pero ello no puede hacerse de manera sorpresiva, sin previa audiencia del interesado, pues importaría vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado, aunque no se encuentre involucrada la garantía de prohibición de la *reformatio in peius*, toda vez que la ley aplicable al caso establece que las actuaciones administrativas sirven de antecedente administrativo a los efectos del juzgamiento (conf. art. 25, ley 1217). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por el tribunal *a quo* con respecto al agravio vinculado con la prohibición de la *reformatio in peius*, porque tal prohibición no opera entre la actuación que llevan adelante los organismos administrativos que comprueban faltas en ejercicio del poder de policía local y el juzgamiento que, por imperio legal y constitucional, sobre esos "hechos", tienen a su cargo los órganos permanentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

En su voto la señora jueza Ana María Conde remite a sus fundamentos y conclusiones vertidas en el expte. nº 6408/09 "Gerialeph S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Responsable de la firma Gerialeph S.A. s/inf. art(s). 2.2.14 sanción genérica L 451'", sentencia del 21/12/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. La decisión de la Unidad Administrativa de Control de Faltas no constituye una sentencia, ni la solicitud de pase de las actuaciones, para su juzgamiento, equivale a un recurso, porque no son tales, ni en sentido técnico ni en sentido jurídico, toda vez que la determinación (art. 21.e, Ley de Procedimiento de Faltas) que dicho órgano lleva a cabo sólo tiene el valor de antecedente administrativo, a los efectos del juzgamiento (art. 25, LPF) y contra aquélla no existen recursos de ningún tipo (art. 26, LPF). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La prohibición de la *reformatio in peius* no opera entre la actuación administrativa y la judicial, puesto que ambas actuaciones, en el marco legal vigente en la materia objeto de este proceso, aunque subsidiaria una de la otra, son independientes entre sí, de modo que dicha prohibición no puede ser opuesta a la Justicia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para limitar el alcance de la intervención y jurisdicción que ejerce en esta materia (art. 27, LPF). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Justicia no puede restringir la intervención requerida sólo para convalidar lo actuado ante la instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento de las faltas (art. 13, LPF), sino que a los jueces de esta Ciudad les incumbe la improrrogable función de determinar jurisdiccionalmente la responsabilidad de los infractores al Régimen de Faltas y las sanciones que les corresponden por sus actos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El Constituyente de la Ciudad ha declarado su intención manifiesta de judicializar la materia de faltas y al margen de que su procedimiento ha sido estructurado por el legislador en dos etapas y con instancias de muy distinta naturaleza, es decir, una administrativa y dos jurisdiccionales, lo cierto es que la actuación jurisdiccional, aunque subsidiaria de la instancia administrativa, no se circunscribe a lo que el funcionario de la Administración entiende con carácter provisional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Todo infractor tiene derecho a un juicio justo y respetuoso de su debido proceso pero ese derecho no comprende la posibilidad de mantener el estado anterior a la intervención judicial que voluntariamente reclamó, ni abarca la inmutabilidad de la sanción que fue determinada luego de una estimación o encuadre inadecuado por parte de la Administración, pues lo contrario importaría concluir que "el pase" de las actuaciones no perseguiría la justeza o certeza de dicha determinación ad-

ministrativa, sino que sólo operaría, en la práctica, como una simple súplica para mejorar o revertir una situación particular y no para determinar la verdad objetiva del caso concreto, verdad objetiva que —por lo general— suele reclamársele a todo magistrado, cuando se solicita su intervención. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF nº 7044/09 - 12/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de la sociedad Altos del Boulevard Centro Pro Vida S.A. (en adelante "Altos del Boulevard") interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 196/204) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones PCyF que, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado —en suspenso— a la recurrente por la infracción prevista en el art. 4.1.22 de la ley 451 (acta de comprobación, nº 2-1067043) elevando a $ 1.000 la sanción de $ 200 originalmente impuesta por la UACF nº 23, cuya revisión en sede judicial fue requerida por el infractor.

2. En tal contexto, la recurrente afirma que el pronunciamiento impugnado "...ha hecho una aplicación de pena en forma inconstitucional" pues "...no se puede agravar la sanción si el particular es el único que recurre". A ese respecto apunta "...que si el señor juez entiende que no corresponde la calificación del art. 1.2.3 de la ley 451 y por el contrario que es correcta la subsunción del hecho en el art. 4.1.22 de la ley 451, podrá aplicar tal artículo haciendo la salvedad que si bien el mínimo de la multa es de $ 1.000, éste no puede aplicarse al caso por cuanto debe mantenerse el monto decidido por el inferior so pena de violentar el principio de *reformatio in peius*" (fs. 199 vta./201 vta.).

El *a quo*, con cita de precedentes de este Tribunal, concedió el remedio procesal en relación con el agravio reseñado y lo denegó en cuanto al resto de las objeciones sin que el recurrente planteara queja a su respecto (fs. 208/211).

3. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, sostuvo que la defensa presentó un caso constitucional suficiente para la apertura de la instancia de excepción, aunque no por afectación de la *reformatio in peius*, sino del principio acusatorio: dado que la intervención judicial no puede ser entendida, a la luz de nuestro sistema constitucional, como una instancia de apelación sino como una situación originaria, como consecuencia del sistema acusatorio vigente y del principio de determinación también contemplado en el art. 13, inc. 3º, CCBA, el tribunal no podía exceder los límites de la pretensión. Por ello, propició que "...se declare la nulidad de los fallos, para que se dicte otro ajustado a los términos de

la pretensión oportunamente expuesta por la representación del Poder Ejecutivo" (fs. 216/218).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La sanción cuestionada compromete el ejercicio de una función materialmente jurisdiccional, aun cuando en su origen aparezca encomendada a un órgano administrativo como lo son las UACF (ley 1271). En tanto Altos del Boulevard S.A. sostiene que la multa establecida por la Controladora de Faltas Nº 23 en la suma de $ 200 fue elevada, de oficio en sede judicial, a $ 1.000 su agravio está directamente relacionado con los arts. 13.3 y 106 de la CCBA (conf. mi voto "Transportes Veintidós de Septiembre SAC s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Transporte 22 de Septiembre SACI s/infr. arts. 6.1.63 violación de semáforos sin poder identificar al conductor. Ley 451'", expte. nº 6037/08, sentencia del 25/2/2009 y en "Gerialeph S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Responsable de la firma Gerialeph S.A. s/inf. art(s). 2.2.14 sanción genérica L 451'", expte. nº 6408/09, sentencia del 21/12/2009).

2. La ley 1217, cuya constitucionalidad en el aspecto que nos ocupa, no ha sido cuestionada, estructura el procedimiento de faltas en dos etapas: una primera, que transcurre ante la autoridad administrativa (UACF); y una segunda, ante los órganos permanentes del Poder Judicial.

Tal como se encuentra diseñado este régimen, los actos emitidos en la primera por los controladores tienen, por su objeto, naturaleza jurisdiccional y, consecuentemente, una vez firmes gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser ni revisados ni modificados (para un desarrollo completo del tema véanse mis votos en "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, sentencia del 20/7/2007 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 5549/07, sentencia del 2/5/2008). La segunda etapa, a la que sólo se arriba a instancia del imputado, puesto que sólo está prevista la intervención del Ministerio Público Fiscal una vez instada la vía judicial y con carácter optativo (art. 41, penúltimo párrafo, ley 1217), supone una revisión amplia del acto dictado por la UACF, ante la instancia judicial (conf., en lo pertinente, mi voto en "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González Báez, Bernardo Javier s/inf. art. 83 (ley 1472)'", expte. nº 5603/07, sentencia del 28/5/2008).

Sin embargo, en tanto el acto dictado por la UACF hace cosa juzgada judicial en relación a aquellos aspectos que no han sido impugnados, dicha revisión se encuentra condicionada por la pretensión del imputado que, como dije, es el único legitimado para instar la competencia del Poder Judicial. En otras palabras,

el margen de decisión de los jueces en la segunda fase posee un piso y un techo, que surgen de la pretensión del imputado y de la decisión de la UACF pasada en autoridad de cosa juzgada, respectivamente.

3. Desde la perspectiva que brinda el marco reseñado, asiste razón al recurrente cuando afirma que la pena impuesta para la infracción cuya sanción ahora resiste, no pudo ser agravada por los jueces de mérito, puesto que la decisión del controlador de faltas constituyó el techo a que me referí en el último párrafo del punto anterior.

Aunque la Cámara postula que "...no puede afirmarse en términos absolutos que en materia de derecho administrativo sancionador rijan los mismos principios que en el proceso penal" y que "...no rige la prohibición de la *reformatio in peius* entre la actuación administrativa y la judicial, porque tales formas de juzgamiento en el marco legal vigente en la materia objeto de este proceso, aunque subsidiaria una de la otra, son independientes entre sí" (fs. 181 vta.), la interpretación que efectúa del régimen bajo estudio choca con el diseño constitucional del proceso judicial. En efecto, la normativa en juego (leyes 451 y 1217) debe ser leída como integrante de un sistema jurídico que reconoce jerarquías normativas. A partir de ello, entre todas las interpretaciones posibles de tales disposiciones, debe escogerse aquella compatible con la Constitución local y demás normas de jerarquía superior, y no una que la ponga en pugna con ellas, lo que implica, en el caso, que el respeto de las prescripciones previstas en los arts. 13.3 y 106, CCBA exige que los jueces no excedan la medida en que su competencia es habilitada por la parte legitimada. Ello es así, aun cuando la solución a la que arribaron los órganos permanentes del Poder Judicial podría estar dotada de mayor acierto jurídico y justicia que la decisión administrativa desplazada, cosa que, no se me escapa, ha estimulado la dirección de la actividad judicial.

En virtud de lo dicho, el pronunciamiento cuestionado constituyó un acto dictado *ultra vires*, que importó un desborde jurisdiccional y, por ello, debe ser revocado (en igual sentido véase mi voto *in re* "Transportes Veintidós de Septiembre SAC..." y "Gerialeph..." ya citados).

4. Establecido lo anterior, surge de las constancias de autos que la UACF nº 23 había aplicado, para la falta que nos ocupa, la pena de $ 200 de cumplimiento efectivo que luego fue elevada, en sede judicial, a $ 1.000 en suspenso, producto de haberse subsumido la acción reprochada en otra figura cuya sanción mínima corresponde a ese importe. A pesar de ello, conforme quedó dicho, en el marco del régimen bajo estudio, la pena cuestionada debía responder al valor impuesto por la autoridad de aplicación, toda vez que la decisión de la UACF había pasado, a este respecto, en autoridad de cosa juzgada.

En tales condiciones, el agravamiento de la pena objetado por el recurrente justifica revocar el pronunciamiento impugnado en lo que importó un exceso a dicho límite y fue materia de agravio ante este Tribunal.

En suma, habiendo dictaminado el señor fiscal general adjunto, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de fs. 180/184 en lo que fue materia de agravio.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Altos del Boulevard S.A. ha logrado plantear con éxito un caso constitucional por afectación de los arts. 13 de la CCBA y 18 de la C.N.

Le asiste razón cuando afirma que la defensa en juicio no se agota en el derecho a ser oído, sino en que pueda ser ejercida plenamente, sin ningún tipo de temores. En este punto subraya con acierto que si se admitiera la *reformatio in peius* "…podrían dejar de interponerse recursos perfectamente fundados" (conforme fs. 202).

Igual criterio fue expuesto por la defensa en el expte. nº 6408/09 "Gerialeph S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Responsable de la firma Gerialeph S.A. s/inf. art(s). 2.2.14 sanción genérica L 451'" (resolución del 21/12/2009), y reproducido en mi voto: "…resultaría ilógico concederle al imputado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esa potestad —en ausencia de recurso de la parte acusadora— su situación procesal se vea empeorada, puesto que de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una sentencia que considera injusta".

2. Como se sigue del apartado anterior, la cuestión traída a decisión es análoga en lo sustancial al precedente citado, por lo que me remito y transcribo los argumentos que allí expuse.

"El debido proceso constituye un principio constitucional derivado de la garantía de defensa consagrada por el art. 18 C.N., y aplicable a toda la actividad del Estado —no sólo a la acción penal— que comprometa derechos. Es la consecuencia directa a nivel constitucional del establecimiento de un Estado de derecho, el cual se caracteriza por la motivación de sus actos, y el cumplimiento de los procedimientos requeridos por la ley a fin de proteger a los ciudadanos frente a los actos arbitrarios del poder estatal".

"La plena vigencia de la garantía de defensa requiere de manera ineludible que toda interpretación de la misma se realice tomando como base el principio de buena fe. El Estado no puede condicionar la vigencia de las garantías exigiendo conductas heroicas por parte de los administrados, que impongan una autorrestricción en la demanda de derechos en virtud del riesgo plausible de ver su situación agravada, tal como ocurrió en autos".

3. En consecuencia corresponde: hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, y revocar la sentencia impugnada en cuanto fue materia de agravio.

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión traída a conocimiento del Tribunal resulta asimilable a la resuelta en el precedente "Gerialeph S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad

denegado en: 'Responsable de la firma Gerialeph S.A. s/inf. art(s). 2.2.14 sanción genérica L 451'", expte. nº 6408/09, sentencia del 21/12/2009.

En aquella oportunidad sostuve que, si bien el pase de las actuaciones administrativas a sede judicial previsto por el art. 24 de la ley 1217 no impide que los magistrados intervinientes ingresen en la consideración de la subsunción legal de los hechos que son objeto de juzgamiento y, eventualmente, decidan una condena más gravosa que aquella discutida en un inicio ante la UACF —incluso en aquellos casos en que el Ministerio Público Fiscal opta por no intervenir, merced a la posibilidad que brinda el art. 41 de la ley citada—, ello no puede hacerse de manera sorpresiva, es decir, sin previa audiencia del interesado. Proceder de otra manera importaría vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado garantizado constitucionalmente (arts. 13.3, CCBA y 18, C.N.), aunque, desde mi punto de vista, en rigor, no se encuentre involucrada la denominada garantía de prohibición de la *reformatio in peius* —como se sostiene de manera insistente en el recurso objeto de estudio—. Ello así, toda vez que la ley aplicable al caso establece que las actuaciones administrativas sirven de *antecedente administrativo* a los efectos del *juzgamiento* (conf. art. 25, ley 1217), circunstancia que permite afirmar que la apuntada garantía no resulta trasladable, sin más, a un supuesto como el ventilado en estos autos.

2. En suma, por remisión a los fundamentos vertidos en mi voto en el precedente "Gerialeph", ya citado, coincido con la solución que propicia en este caso el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, consistente en hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido y revocar la sentencia de fs. 180/184 en lo que fue materia de agravio.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Al igual que mis distinguidos colegas preopinantes creo que este caso guarda cierta analogía con lo resuelto por este Tribunal Superior en los autos "General Tomás Guido" (14/12/2005), "Transporte Veintidós de Septiembre" (25/2/2009) y —principalmente— "Gerialeph" (21/12/2009). A fin de evitar una reiteración innecesaria, me remito a los fundamentos y conclusiones que expuse al pronunciarme en el precedente mencionado en último término. En resumen, el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por el tribunal *a quo* con respecto al agravio vinculado con la prohibición de la *reformatio in peius*, porque tal prohibición no opera entre la actuación que llevan adelante los organismos administrativos que comprueban faltas en ejercicio del poder de policía local y el juzgamiento que, por imperio legal y constitucional, sobre esos "hechos", tienen a su cargo los órganos permanentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad deducido y, en consecuencia, revocar la decisión de la Cámara agregada a fs. 180/184 en lo que fue materia de agravio.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CLXII

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/GCBA Y OTROS S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Pedido de citación de terceros. Gravamen irreparable. Equiparación a sentencia definitiva. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. La decisión que dispuso no hacer lugar al pedido de citación del Estado nacional como tercero en el presente proceso, iniciado con el objeto de impugnar la validez de un acto administrativo dictado por una autoridad administrativa local no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 ni resulta equiparable a una de tal carácter, y a fin de poder lograr esa equiparación era menester que la recurrente realizara un esfuerzo de fundamentación que permitiera exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este Tribunal en una cuestión netamente procesal, por regla, ajena al recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

En sus votos los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6138/08 "Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 4/3/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. El pedido de citación de terceros debe rechazarse si no se acredita que lo resuelto por la Cámara sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un perjuicio de imposible reparación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. Cabe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad si los intentos de fundar la citación de tercero son deficitarios y no logran exhibir cabalmente cuál es la cuestión constitucional procesal que permita entender que la sentencia del tribunal superior de la causa recurrida posee carácter definitivo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La controversia entre el Ente Único y Metrovías no es común al Estado nacional, a quien Metrovías está unido por un contrato de concesión en donde no participa en absoluto el Ente Único, de modo que la existencia de competencias concurrentes del Estado porteño y el nacional en materia de transportes no significa que ellas sean yuxtapuestas, sino que concurren sin confundirse, por lo que no existe gravamen irreparable ni sentencia equiparable a definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, Metrovías debe alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, a cuyo efecto resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. 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 cuando el debate se limita a la interpretación y aplicación al caso de normas infraconstitucionales, más específicamente las que regulan el instituto procesal de la intervención de terceros (arts. 84 a 90, ley 189). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6838/09 - 13/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") interpuso recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 197/223) contra la resol. 7/EURSP/CABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le

impuso una multa de $ 203.100 conforme a los arts. 2°, 3°, 20 y 22 de la ley 210; arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240 y le ordenó la publicación de la sanción a su costa.

La actora sostuvo que el acto administrativo impugnado era nulo de nulidad absoluta y manifiesta dado que adolecía de vicios esenciales en su competencia, causa y procedimiento al tiempo que violaba el principio del "respeto de los propios actos" (fs. 205 vta.) y los principios correspondientes al derecho administrativo sancionador.

Si bien la accionante se presentó en los términos del art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, planteó como cuestión de previo y especial pronunciamiento que se declarase la incompetencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad y se remitieran las actuaciones a la justicia federal en lo Contencioso Administrativo. Manifestó que el art. 23 del contrato de concesión prevé que aquél se encuentra sometido a la jurisdicción nacional y sujeto a la competencia de los tribunales del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, Metrovías requirió la citación del Estado nacional ya que, sostuvo, es titular de una concesión nacional de carácter federal. También pidió que se suspendieran los efectos de la resol. 7/EURSP/CABA/06 (conf. arts. 189 y ss., CCAyT) y que se intimara al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad para que remitiera el expte. nº 284/EURSP/CABA/03, en cuyo marco se dictara la resolución en crisis.

2. En lo que aquí interesa, la Sala I, resolvió: "*1)* Rechazar la citación de terceros solicitada por el accionante; *2)* sin costas, atento a no haber mediado contradicción" (fs. 225/226 vta.).

3. Contra la resolución de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 188/196), el cual fue contestado a fs. 227/235 por el GCBA.

4. El *a quo* resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad (fs. 237 y vta).

En relación con ese recurso, los jueces señalaron que el pronunciamiento atacado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional y que tampoco la recurrente había logrado demostrar que la resolución le ocasionase un perjuicio irreparable que permitiera equipararla a una de tales características.

5. Contra dicha decisión, la actora dedujo la queja que tramita en autos (fs. 249/259 vta.).

6. A fs. 265 se corrió traslado al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías por el plazo de 10 días, el que fue contestado a fs. 280/283 vta.

7. Requerido su dictamen, el fiscal general propuso el rechazo del recurso directo (fs. 286/288).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en la causa "Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6138/08, sentencia del 4/3/2009, cuya copia deberá ser agregada por Secretaría.

En dicha oportunidad, sostuve que el recurso de inconstitucionalidad había sido mal concedido por la Cámara, puesto que no se dirigía contra una sentencia de carácter definitivo o equiparable, ni planteaba un efectivo caso constitucional, toda vez que la decisión cuestionada (desestimación del pedido de citación del Estado nacional en calidad de tercero) no pone fin al proceso ni impide su continuación, y el recurrente tampoco acreditó que le cause un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. Ello así, porque la solicitud de intervención del Estado nacional en este proceso, no tiene virtualidad alguna para favorecer su pretensión procesal. En efecto, para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, lo que debe hacer Metrovías es alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, y a tales efectos resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida.

2. Por similares fundamentos considero que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara en el *sub lite*, y los agravios vertidos por Metrovías en la queja no logran conmover las razones en que se fundó dicho acto denegatorio.

En virtud de ello, voto por rechazar el recurso de la queja presentado por Metrovías S. A. y tener por perdido el depósito de fs. 248.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, en cuanto señala que la cuestión debatida es similar a la resuelta en "Metrovías S.A c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido" ya citado. Por ello, en lo pertinente, me remito a los argumentos que desarrollé al votar en el mencionado precedente, cuya copia se agregará para formar parte de este pronunciamiento.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja planteado por Metrovías y dar por perdido el depósito de fs. 248.

El juez José O. Casás dijo:

Coincido con la solución que propician la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 286/287 vta.), consistente en rechazar el recurso de queja incoado por Metrovías S.A. a fs. 249/260. Ello así, toda vez que la decisión cuestionada no constituye *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402 ni resulta equiparable a una de tal carácter.

En particular, cabe destacar que en esta oportunidad no se encuentra en debate la competencia del fuero local para intervenir en el *sub examine* —aspecto que ya fue abordado por este estrado con fecha 14/10/2008, queja que tramitó bajo el expte. n° 5940/08— ni, por lo tanto, existe denegatoria del fuero federal. Únicamente se impugna aquella decisión que dispuso no hacer lugar al pedido de citación del Estado nacional como tercero en el presente proceso, iniciado con el objeto de impugnar la validez de un acto administrativo dictado por una autoridad administrativa local.

Por ello, a fin de poder equiparar el pronunciamiento hoy cuestionado a uno de naturaleza definitiva era menester que la recurrente realizara un esfuerzo de fundamentación que permitiera exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este Tribunal en una cuestión netamente procesal, por regla, ajena al presente recurso. Sin embargo, los desarrollos efectuados por la quejosa no resultan hábiles a tal fin puesto que sólo se limitan a reiterar sus argumentaciones favorables a la intervención del Estado nacional en el presente proceso y a instalar nuevamente la pretendida incompetencia del fuero local para tramitar la controversia de autos, sin demostrar la entidad del perjuicio que se invoca a partir de lo decidido.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja articulado por Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito integrado a fs. 248.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6138/08, sentencia del 4/3/2009, con la diferencia que en tal precedente la Cámara había concedido el recurso de inconstitucionalidad de la empresa y en cambio en la causa ahora en análisis lo denegó (dando lugar a la queja que tramita en autos).

En consecuencia, por razones de brevedad y con apoyo en los fundamentos que expusiera en el antecedente indicado, voto por rechazar el recurso directo interpuesto a fs. 249/259 vta. por Metrovías S.A.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Metrovías S.A.

2º. *Dar por perdido* el depósito de fs. 248.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 4/3/2009, en los autos "Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 6138/08) (como parte integrante de los votos de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CLXIII

"QUISPE ARTEALA, ESTHER EVANGELIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Arbitrariedad de sentencia. AMPARO: Requisitos. Arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. VENTA DE BARATIJAS DE MERA SUBSISTENCIA: Autorización. Código de Habilitaciones y Verificaciones. Uso del espacio público. PODER JUDICIAL: Principio de división de poderes. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

En este expediente se agrega copia de la sentencia dictada en el expte. nº 6162/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", del 5/3/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. Se configura un supuesto de arbitrariedad de sentencia —en el sentido técnico del término —, que afecta el derecho de defensa en juicio de la demandada, si se verifica un déficit en su fundamentación derivado de la omisión de tratamiento de distintas cuestiones conducentes para resolver el pleito, que impide considerarla

una derivación razonada del derecho vigente a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazar la acción de amparo intentada si más allá de las afirmaciones por demás genéricas vinculadas al derecho a trabajar y a la garantía de igualdad, el actor no aportó pruebas conducentes ni argumentos jurídicos idóneos para acreditar el accionar estatal lesivo que denuncia, ni logró demostrar que la supuesta omisión de regulación de la actividad de venta de baratijas para mera subsistencia que se atribuye al Estado pueda calificarse como arbitraria o ilegal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Los jueces rebasarían ampliamente el ámbito de control que permite ejercer la Constitución en el Estado de derecho si, al resolver un juicio, decidieran indagar acerca del mérito y conveniencia que podría tener para un vecino (o determinado grupo) la sanción o derogación de una ley, pues ese no es el rol que la Constitución asigna al Poder Judicial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La regulación legal específica que se refiere a las formas de autorización que habilitan el desarrollo de actividades comerciales que puedan interferir con el uso de los espacios públicos se encuentran contenidas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, no en el Código Contravencional, que contiene el catálogo de conductas que el legislador local considera a tal punto inaceptables para la convivencia como para establecer, incluso, respuestas punitivas que prevén la privación de libertad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Basta para decidir el rechazo del amparo la existencia de una norma legal que prohíbe con carácter general el ejercicio de actividad comercial en el espacio público sin el otorgamiento de un permiso especial por parte de la Administración, que en la especie no fue solicitado a la autoridad competente. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. El creciente fenómeno de la venta callejera en el ámbito de la Ciudad presenta diversas aristas, cada una de ellas con su particular grado de complejidad, pero la respuesta a estos problemas es improponible al Poder Judicial, y no puede pretenderse bajo la apariencia de un caso, que se decida en forma casuística e inorgánicamente acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de una determinada regulación legal, en reemplazo de la necesaria intervención de los poderes políticos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. La ausencia de sanción penal o retributiva prevista para una conducta no supone admitirla en un espacio público, esto es, un espacio que por la condición referida está sujeto a un uso regulado de modo, aunque amplio, especial, con el preciso propósito de que todos podamos gozar de él por igual. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Más allá de sus posibles interpretaciones, el Código de Habilitaciones y Verificaciones exige con toda claridad requerir a la autoridad administrativa, que es aquella a la que la CCBA reserva el ejercicio de funciones de esta especie, una habilitación para desarrollar actividades comerciales de cualquier tipo en el espacio público. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El proceso de amparo, como cauce procesal que brinda soporte a la intervención judicial, no escapa a la necesidad de que el planteo formulado por esa vía configure un caso, y la regla que impone su existencia procede, al igual que el amparo de la propia Constitución (arts. 106 y 14, CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La ampliación ilimitada de los asuntos que pueden ser llevados ante un estrado judicial, por extender el concepto de causa a situaciones que todavía no han llegado al nivel necesario de concreción puede llevar a que los jueces se atribuyan el entendimiento de cuestiones que no les corresponden. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Cabe hacer lugar al recurso de queja si la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad solo reproduce consideraciones genéricas, las cuales no están acompañadas de ninguna consideración adicional que los aclare, explique o vincule, de manera particularizada, con el recurso denegado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La tacha de arbitrariedad de una sentencia debe ser analizada de modo estricto, pues la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad si los argumentos que propone el Gobierno no demuestran la afectación de ningún principio constitucional, toda vez que solo refieren al desacuerdo del recurrente en cuanto a la interpretación de una norma infraconstitucional (art. 11.1.2, Código de Habilitaciones y Verificaciones) y a una equivocada lectura de los efectos de la decisión de la Cámara. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6815/09 - 13/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Esther Evangelia Quispe Arteala inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) tendiente a que se ordenase a éste se abstuviera de decretar clausuras o tomar otras medidas que afectasen su labor comercial, teniendo en cuenta la ausencia de habilitación para la venta ambulante de baratijas que realiza sobre la Avenida Corrientes, vereda impar, entre las calles Larrea y Paso, Barrio de Once de esta Ciudad (fs. 1/7 vta. y fs. 23/26 vta.).

Señaló que se dedicaba a la venta de diversos artículos (medias, camisetas, gorros y guantes, durante la época invernal, así como ojotas y demás artículos de esa índole en verano), que su actividad se vio entorpecida en los meses previos a

la interposición del amparo de autos, con motivo de diversos operativos efectuados por la Policía Federal Argentina a través de la Comisaría 7ª perteneciente a la jurisdicción de Once y que temía que se le labraran actas de comprobación y se le secuestrara mercadería.

Destacó que no existe una reglamentación de la venta ambulante de baratijas sino que sólo la hay para la venta ambulante de alimentos, que requiere la tramitación de un permiso ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria dependiente del GCBA. Explicó que la mora de la Administración al no reglamentar la actividad que realiza, afecta su derecho de trabajar y de ejercer industria lícita.

Asimismo, expresó que su trabajo, único medio de subsistencia del que dispone para mantener a su familia, no constituye una contravención de conformidad con el art. 83, tercer párrafo del CC de la Ciudad.

Finalmente, requirió el dictado de una medida cautelar tendiente a que se ordene al demandado que se abstenga de concretar clausuras, remociones o afectaciones de su labor comercial de venta de baratijas debido a la falta de habilitación, la que fue denegada por el juez de primera instancia (fs. 29/29 vta.).

2. El GCBA contestó el traslado de la demanda y solicitó el rechazo de la acción de amparo (fs. 44/49).

Sostuvo que la actora no posee un permiso vigente que lo habilite a desarrollar la venta en la vía pública, que carece de legitimación y que no demostró arbitrariedad o ilegalidad en la conducta del GCBA. Añadió que la Ciudad tiene el deber de tutelar el uso del espacio público y que no es irrazonable que la prohibición de comercialización en dicho espacio alcance a quienes no cuenten con el permiso necesario.

3. En primera instancia, se rechazó el amparo, con costas por su orden (fs. 61/62).

4. El pronunciamiento fue apelado por la parte actora. A su turno, y una vez contestado el traslado por el GCBA de los agravios articulados por dicha parte (fs. 75/76 vta.), la Sala I de la Cámara CAyT —tras puntualizar que la cuestión planteada resultaba sustancialmente análoga a la decidida por dicho tribunal en autos "Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/otros procesos incidentales", expte. nº 24.309/1, sentencia de fecha 3/4/2008, en tanto los argumentos expuestos en el citado precedente (cuya copia no fue agregada a la causa) daban acabada respuesta a los agravios planteados en el *sub examine*, por lo que a ellos correspondía remitirse en honor a la brevedad— resolvió hacer lugar al recurso de apelación deducido y, en consecuencia, revocó la sentencia recurrida en los términos de dicha decisión. Es así que dispuso: "*1)* hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la amparista, revocar el pronunciamiento apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo incoada, ordenando al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que con sustento en la inexistencia de habilitación pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos no alimenticios que por su escaso valor pecuniario puedan ser calificados como 'baratijas', ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por

la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso; *2)* imponer las costas en ambas instancias por su orden, en atención a que, como se puso de resalto, la cuestión debatida es de difícil interpretación (art. 14, CCBA)" (fs. 84).

5. Contra lo decidido, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 95/108 vta.).

Luego de reproducir —en oportunidad del recurso incoado— los fundamentos que motivaron la solución adoptada por la alzada en la causa "Esquivel Pizarro" (fs. 98 vta./99 vta.), se agravió de la omisión del *a quo* de mandar que se agregase una copia de esa decisión a la causa o que le fuera acompañada al serle notificada la sentencia recaída en estos autos. Dicha circunstancia —a su criterio— tornaba impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, al no exponerse los fundamentos, ni darse las razones por las cuales la Cámara había considerado que correspondía remitirse al precedente que citaba. En atención a la situación apuntada solicitó, por aplicación de lo dispuesto en el art. 27, inc. 4º del CCAyT, que se declarase la nulidad de la sentencia recurrida y se ordenase la remisión de los autos a una Sala distinta de la que interviniera, para que procediese al dictado de un nuevo pronunciamiento.

No obstante la nulidad intentada, y para el supuesto de que se considerase que ella no procedía, expresó agravios contra la sentencia recurrida. En este sentido, sostuvo que ella: *a)* ponía en juego las potestades consagradas en el art. 104, inc. 11 de la CCBA, en tanto inhibía al Jefe de Gobierno de desarrollar la actividad policial que expresamente le otorgaba la ley fundamental de la Ciudad; *b)* admitía formal y materialmente una pretensión de amparo sin que estuviesen reunidos sus presupuestos constitucionales; *c)* condenaba a su parte sin que se configurase la existencia de un "caso" judicial; y *d)* realizaba una interpretación inconstitucional, irrazonable y dogmática del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones.

6. La Cámara, una vez vencido el plazo para que la parte actora contestase el traslado del recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, resolvió concederlo por aplicación de lo decidido mayoritariamente por este Tribunal en los autos *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia de fecha 5/3/2009, donde se consideró configurada la existencia de un caso constitucional. Lo denegó, en cambio, respecto de la arbitrariedad alegada.

7. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, se revoque la sentencia de Cámara y se rechace la acción de amparo (fs. 126/129).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA debe ser admitido.

2. El agravio relativo a la afectación del derecho de defensa del GCBA debido a que con la sentencia de Cámara no se acompañó copia del precedente a cuyos argumentos remitía, no forma parte de las cuestiones por las que fue concedido el recurso de inconstitucionalidad y, por lo tanto, este Tribunal no se encuentra habilitado para expedirse sobre ese punto. Como surge de los "resultas", la Cámara concedió el recurso en atención a que este Tribunal, en una causa sustancialmente análoga ("Esquivel Pizarro"), había entendido que se encontraba configurado un caso constitucional. En esa causa no se encontraba en juego una situación como la descripta, que lleva ahora al GCBA a plantear la afectación de su derecho de defensa. En esas condiciones, la ausencia de queja a ese respecto supone la voluntad de resignarlo.

3. La cuestión debatida en las presentes actuaciones ya ha sido abordada por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009. En dicho precedente, se arribó —por mayoría— a una solución favorable a las pretensiones del recurrente.

No advirtiéndose —por otra parte— del relato efectuado en esta causa, diferencias sustanciales que ameriten apartarse de la decisión adoptada en dicha oportunidad, corresponde —por razones de brevedad— remitirse a sus fundamentos y conclusiones. Por Secretaría deberá agregarse copia del pronunciamiento del Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y rechazar la acción de amparo intentada por Esther Evangelia Quispe Arteala. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que dedujera oportunamente el GCBA (fs. 95/108 vta.), y que fuera concedido parcialmente por la Sala I de la Cámara CAyT, debe ser rechazado.

2. La presente causa es análoga a los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162, resolución del 5/3/2009.

Las razones que expusiera en el precedente indicado son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de rechazar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA en esta causa.

3. En el expediente aludido (n° 6162) sostuve lo siguiente:

"[A]unque formalmente admisible, el recurso de inconstitucionalidad es improcedente, porque no logra proponer una cuestión constitucional".

"El núcleo de la argumentación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires está claramente expuesto (…) donde dice: 'La resolución de la Cámara configura arbitrariedad dado que incurre en errores de apreciación, no resultando entonces una derivación razonada del derecho vigente, esto es el Código de Habilitaciones y Permisos. Asimismo la sentencia en crisis se apartó del interés público comprometido en la cuestión y crea un inadmisible privilegio en favor del amparista, poniendo en peligro la seguridad pública so pretexto de priorizar los derechos individuales'".

"En apoyo de las afirmaciones citadas, el Gobierno sostuvo que el *a quo* interpretó equivocadamente el Código de Habilitaciones y Verificaciones y se apartó dogmáticamente de la norma aplicable al caso concreto. Insistió en que la venta en la vía pública se encuentra en principio prohibida, de conformidad con el art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, y que tal actividad sólo puede desarrollarse mediante la obtención de un permiso precario otorgado por la Administración. El Gobierno afirmó que dicha norma no se refiere únicamente a la actividad alimentaria. Y agregó que la Cámara sustituyó al Poder Ejecutivo e invadió al Poder Legislativo, vulnerando el principio de división de poderes y actuando como iniciadora de normas. Ello, al disponer que la Ciudad debía abstenerse de ejercer el poder de policía con respecto al accionante hasta que la actividad desarrollada por éste fuera regulada por la Legislatura local…".

"Los argumentos que propone el Gobierno no demuestran la afectación de ningún principio constitucional, toda vez que, como se verá en lo que sigue, solo refieren al desacuerdo del recurrente en cuanto a la interpretación de una norma infraconstitucional (art. 11.1.2. del Código de Habilitaciones y Verificaciones) y a una equivocada lectura de los efectos de la decisión de la Sala I".

"…En primer lugar, los jueces no se apartaron de la norma aplicable sino que establecieron los alcances del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, de un modo que no puede calificarse ni de caprichoso ni de arbitrario".

"La Cámara detalló cada uno de los argumentos en virtud de los cuales arribó a la decisión cuestionada por el Gobierno. Los magistrados entendieron que las tres modalidades de venta en el espacio público reglamentadas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones se refieren, en todos los casos, a la comercialización de productos alimenticios, y que no queda comprendida la venta de otros bienes o productos. Destacaron que los arts. 11.1.16 y 11.1.18 así como los capítulos 11.2, 11.3 y 11.10 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, junto con el dec. 612/04, sostienen la interpretación adoptada en la sentencia".

"Por otra parte y en sentido coincidente, dijeron (…) que '…el Código Contravencional no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en

transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia'".

"Los sentenciantes concluyeron que la prohibición para la venta en la vía pública de productos alimenticios sin obtención de permiso no es extensible a la venta de baratijas porque no existe una regulación legal, específicamente referida a esa actividad, la que, además y en el caso del amparista, es de mera subsistencia (lo que la excluye del ámbito de aplicación de la ley 1472)".

"Es claro que como lo destaca la Sala I —a diferencia de lo que pretende el Gobierno— no hay prohibición genérica respecto de la venta ambulante que pueda sustentarse en el art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones. Y consecuentemente, no es legítimo el poder de policía de la Administración, que intenta justificar el recurrente. Pareciera que el Gobierno no advierte que en el marco constitucional la libertad es el principio, y su restricción por vía de la regulación solo es posible cuando la ley lo dispone".

"En el apart. VII de la sentencia de Cámara esta cuestión está tratada de modo preciso y concluyente: 'Así las cosas, de lo hasta aquí dicho surge claramente que el Estado local no ha establecido aún un régimen para los permisos para vender en forma ambulante artículos de mera subsistencia'".

"'A su vez, como ya se ha dicho en otras oportunidades, por principio general los derechos reconocidos por la Constitución se ejercen de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14, C.N. y 80, inc. 1°, CCBA), siendo esta facultad —la de reglamentar los derechos tutelados en la Constitución— una potestad exclusiva del Poder Legislativo. Por su parte, si bien el Estado puede reglamentar los derechos constitucionalmente reconocidos a los individuos, tal facultad encuentra su límite en la prohibición de alterar la sustancia de tales derechos (art. 28, C.N.); es decir, la reglamentación debe ser razonable, en el sentido de que el medio escogido para alcanzar el fin perseguido por la norma debe guardar proporción y aptitud suficientes con ese fin (Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, 1998, t. I, p. 517)'".

"'Pues bien, toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como 'de mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular'".

"En suma, una lectura cuidadosa del recurso de inconstitucionalidad, evidencia que el demandado no ha logrado demostrar cómo la interpretación efectuada por la Sala interviniente de las normas infraconstitucionales pone en juego los derechos o garantías de índole constitucional que invoca. Por el contrario es la interpretación del régimen local de habilitaciones y permisos que defiende el GCBA la que resulta inválida a la luz de los preceptos de la C.N. y de la CCBA".

"…En segundo lugar, el agravio fundado en una supuesta lesión al principio de división de poderes, carece de toda consistencia".

"La Sala I no invadió competencias de otros poderes ni actuó como iniciadora de un proyecto de ley, función propia de la Legislatura, a diferencia de lo que sugiere el GCBA".

"Los magistrados, a partir de la normativa que se debate en autos, afirmaron que, sin ley que fijara el procedimiento a seguir para obtener el permiso pertinente, el amparista está habilitado para vender baratijas en la vía pública y la Administración está inhibida de impedírselo".

"En otros términos, el Poder Judicial no ordenó a la Legislatura que dictara la regulación aludida, como pretende el recurrente, sino que se limitó a señalar que hasta tanto esa normativa fuera sancionada, el (…) [actor] tenía derecho a ejercer libremente su actividad laboral".

4. El GCBA manifestó que la Cámara afectó su derecho de defensa en juicio al omitir agregar copia de la sentencia que dictara en la causa "Esquivel Pizarro", a la que se remitió para fundar la solución que adoptara.

Sin embargo, cabe recordar que en "Esquivel Pizarro" el GCBA intervino como demandado, participó plenamente en el curso del proceso y fue notificado de la sentencia de Cámara.

Por tanto, son insustanciales los agravios que giran en torno a una supuesta afectación a su derecho de defensa.

5. En consecuencia, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad que interpusiera el GCBA (fs. 95/108 vta.). Con costas.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocar la sentencia de fs. 84 y *rechazar* la acción de amparo iniciada por Esther Evangelia Quispe Arteala.

2º. *Imponer* las costas por su orden.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva a la Sala de origen.

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

CLXIV

"SZWARCMAN, ELSA IRENE S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SZWARCMAN, ELSA IRENE C/GCBA S/AMPARO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Plazo de interposición. AMPARO: Notificación por cédula. Cosa juzgada. Principio de división de poderes. APELACIÓN ADHESIVA: Requisitos. Cuestión procesal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Si los jueces de mérito escogieron incluir la resolución que denegaba el recurso de inconstitucionalidad de la amparista entre aquellas que corresponde notificar por cédula —en el marco de la discrecionalidad que, al efecto, les otorga el art. 25 de la ley 2145— debieron haber cumplido con esta diligencia en las condiciones que para ello prescribe el CCAyT, solución que reconoce fundamento en el deber de los jueces de mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 27 inc. 5.c, CCAyT). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. La notificación al defensor oficial no resultó un medio idóneo para cumplir con la notificación a la parte que patrocina pues el art. 34 del CCAyT, dispone que se diligencian en el domicilio constituido todas las notificaciones por cédula, que no deban serlo en el real, regla que no puede ser identificada en el caso con la disposición del último párrafo del art. 119 del mismo cuerpo legal, que establece que los/las funcionarios/as judiciales quedan notificados/as el día de la recepción del expediente en su despacho, pues el mencionado funcionario judicial no venía actuando como parte, ni en carácter de apoderado de la parte que patrocina, ni el domicilio constituido en autos por la amparista coincide con el de su despacho, de modo que el recurso de queja ha sido oportunamente presentado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. La decisión a cuya revisión se aspira estimó que la apelación adhesiva articulada por la amparista habilitaba la jurisdicción de esa alzada, pues el *a quo* analizó y rechazó los agravios de esa parte, dirigidos a obtener una ampliación de la condena obtenida que incluyera el pago de salarios caídos, pretensión rechazada en primera instancia, por lo que establecer la admisibilidad formal del amparo como cauce idóneo para albergar tal pretensión constituye una cuestión procesal privativa de los jueces de mérito y ajena a la vía intentada si la recurrente no demuestra que la solución adoptada resulte arbitraria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. Aunque, la actora al interponer la queja, alude al carácter alimentario de los salarios caídos, no indica cuáles serían las constancias probatorias aportadas a la causa, y soslayadas por el pronunciamiento que no les reconoció tal condición, para corroborar la presunción que a ese respecto pudiera asumirse. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. El recurso de queja fue deducido extemporáneamente pues la notificación realizada en el despacho del defensor oficial es plenamente válida, a la luz de lo dispuesto en el art. 119 CCAyT que expresamente contempla esa modalidad de notificación, norma cuya constitucionalidad no fue cuestionada por la accionante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El Tribunal no puede conocer en el recurso de queja deducido tardíamente por la actora, pues si lo hiciera estaría lesionando el principio de preclusión, la cosa juzgada adquirida por la decisión definitiva, y la división de poderes al desplegar una competencia para conocer los fundamentos del recurso por fuera de los casos y de los requisitos en que el constituyente y el legislador específicamente lo autorizan. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Si la amparista no fue vencedora de la pretensión que intentó discutir por vía de apelación adhesiva, al resultar expresamente desestimado su reclamo respecto del pago de salarios caídos y SAC estaba habilitada para interponer recurso de apelación y no lo hizo, de suerte que el aspecto de la sentencia de primera instancia que aquí se pretende traer por vía de apelación adhesiva se encuentra bajo la autoridad de la cosa juzgada formal, toda vez que fue rechazada la vía (amparo) y no el fondo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La Sala II abrió indebidamente su competencia para tratar la cuestión planteada a través de la apelación adhesiva que no es sino la utilización extemporánea, inadmisible e ineficaz de una impugnación contra una sentencia definitiva firme, alcanzada por la autoridad de la cosa juzgada, ello porque previo a rechazar los agravios de la apelación adhesiva, el tribunal superior de la causa consideró admisible la impugnación, de modo que ese vicio —conocer en un asunto amparado por la cosa juzgada— repercute ante esta instancia extraordinaria, dado que la actora pretende discutir nuevamente en su recurso de inconstitucionalidad, lo que ya se ha vuelto indiscutible dentro del proceso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6940/09 - 13/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Elsa Irene Szwarcman promovió demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) para que se le ordenara reanudar el depósito de sus salarios, bloqueados por un error administrativo, hasta tanto quede resuelto el sumario iniciado en su contra por abandono de trabajo. Además, la actora requirió el pago de los salarios adeudados desde abril de 2008 hasta la fecha de promoción del amparo. Finalmente, como medida cautelar solicitó que se ordenara el desbloqueo de sus haberes y que se reanudara el pago de sus salarios hasta que se dicte la sentencia definitiva (fs. 21/34).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar (fs. 105/107 de los autos principales), posteriormente, al amparo y, en consecuencia, ordenó al

GCBA que "continúe abonando los salarios de la Lic. Elsa Irene Szwarcman, en tanto no se resuelva el trámite de la cesantía.// *2.* Desestimar el reclamo de salarios caídos efectuado…" (fs. 87/92).

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 93/95 vta.). Al contestar el memorial de agravios, la actora planteó una apelación adhesiva destinada a cuestionar el rechazo de la demanda por los salarios anteriores no percibidos (fs. 96/98 vta.).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones declaró desierto el recurso de apelación del GCBA y rechazó el de la actora. En cuanto a este último sostuvo "… tal como ha señalado la señora jueza de grado, la tutela que brinda el amparo no se dirige a satisfacer reclamos pecuniarios por salarios adeudados, aun cuando ello tenga origen en un proceder arbitrario o ilegítimo" (fs. 99 y vta.).

3. Contra esa decisión, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 101/103 vta.). Centró sus agravios en el carácter dogmático y arbitrario del argumento expresado por la Cámara que, a su criterio, carece de sustento normativo pues la ley de amparo no restringe la vía en los términos en que lo hizo la Cámara. Señaló también que el fallo conlleva un cambio de criterio de la Sala, carente de explicación, pues ese tribunal "ya ha aceptado tratar cuestiones pecuniarias en acciones de amparo, sin poner cotos a la garantía constitucional como los que intenta imponer a la presente".

Una vez contestado el traslado conferido al GCBA (fs. 104/105 vta.), la Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió: "Declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora. Sin costas..." (fs. 106/107 vta.). Al respecto, sostuvo que la recurrente se limita a disentir con la sentencia recurrida en cuanto a la interpretación que en ella se efectúa de normas de naturaleza infraconstitucional. En relación a la invocación de arbitrariedad, señaló que el recurso expone su discrepancia con la sentencia, que se encuentra fundada —más allá del parecer en contrario del recurrente— en la interpretación asignada a los hechos, y a la normativa local en juego.

4. A fs. 1/18 la actora dedujo recurso de hecho y, requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no "demostrarse la existencia de causa constitucional" (fs. 14/115 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En primer término, corresponde despejar la cuestión relativa a la tempestividad de la interposición del recurso de queja de fs. 1/18 vta.

En relación con ello, como se verá, asiste razón a la recurrente, en cuanto afirma que "la remisión del expediente a la Defensoría Nº 1 no constituye un curso de acción idóneo para reemplazar o suplir la debida notificación de dicha decisión [de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad], que debió haber sido cursada por medio fehaciente y dirigida a mi domicilio constituido en autos" (fs. 1).

En efecto, la decisión del *a quo* de notificar a las partes la resolución que denegaba el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora (véase fs. 206 vta. de los autos principales) importó subsumir a la mencionada resolución dentro del género de aquellas a cuyo respecto el art. 25 de la ley 2145 faculta a disponerlo en razón de su gravedad o importancia. Cuando los jueces de mérito escogieron incluir esta decisión entre aquellas que corresponde notificar por cédula —en el marco de la discrecionalidad que, al efecto, les otorga el mencionado precepto legal— entonces debieron haber cumplido con esta diligencia en las condiciones que para ello prescribe el CCAyT, aplicable, en lo que ahora importa, para dirimir esta cuestión. Solución que, además, reconoce fundamento en el deber de los jueces de "[m]antener la igualdad de las partes en el proceso" (art. 27, inc. 5.c, CCAyT).

Bajo la premisa enunciada en el párrafo anterior, cabe señalar que la notificación al funcionario interviniente, defensor oficial ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, no resultó un medio idóneo para cumplir con la notificación a la parte que, a la postre, patrocina en los presentes actuados. La cuestión viene regulada por el art. 34 del CCAyT, de acuerdo al cual "[s]e diligencian en el domicilio constituido todas las notificaciones por cédula, que no deban serlo en el real", regla que no puede ser identificada en el caso con la disposición contenida en el último párrafo del art. 119 del mismo cuerpo legal —que dispone, en lo que aquí interesa, que "[l]os/las funcionarios/as judiciales quedan notificados/as el día de la recepción del expediente en su despacho"—, pues el mencionado funcionario judicial no venía actuando como parte, tampoco en carácter de apoderado de la parte que patrocina, ni el domicilio constituido en autos por la Sra. Szwarcman coincide con el del despacho de dicho funcionario.

A la vez, tampoco es posible considerar que la remisión del expediente al defensor oficial importó la notificación tácita de la parte, en las condiciones prescriptas por el art. 118, CCAyT. Ello así, porque la constancia de notificación suscripta por ese funcionario a fs. 220 (autos principales) no acredita el retiro de copias como lo exige el precepto citado para producir los efectos allí previstos.

En tales condiciones, corresponde tener por presentado oportunamente el recurso de queja de la Sra. Szwarcman, toda vez que la remisión del expediente a la sede de la Defensoría Oficial no importó, en el caso, la notificación a la parte actora de la decisión que por esta vía cuestiona.

La solución a la que arribo en este punto me exime de tratar el planteo relativo a la inconstitucionalidad de los arts. 22 y 23 de la ley 2145.

2. Establecido lo anterior, corresponde analizar el recurso de queja deducido por la parte actora.

La decisión a cuya revisión se aspira estimó, sin que esté discutido ante este estrado, que la apelación adhesiva articulada por la amparista habilitaba la jurisdicción de esa alzada. Así lo confirma la circunstancia de que el *a quo* analizó y rechazó los agravios de esa parte, dirigidos a obtener una ampliación de la condena obtenida que incluyera el pago de salarios caídos, pretensión rechazada en primera instancia. Concretamente, la Sala II Cámara CAyT, sostuvo que "...la tutela que brinda el

amparo no se dirige a satisfacer reclamos pecuniarios por salarios adeudados, aun cuando ello tenga origen en un proceder arbitrario o ilegítimo" (fs. 99 vta.).

Establecer la admisibilidad formal del amparo como cauce idóneo para albergar una pretensión como la aludida, constituye una cuestión procesal privativa de los jueces de mérito y ajena a la vía intentada cuando, como en autos, la recurrente no demuestra que la solución adoptada resulte arbitraria. Aunque, la actora al interponer la queja, alude al carácter alimentario de los salarios caídos (punto IV.3.2, fs. 11 vta.), sin embrago, no indica cuáles serían las constancias probatorias aportadas a la causa, y soslayadas por el pronunciamiento que no les reconoció tal condición, para corroborar la presunción que a ese respecto pudiera asumirse. Ello así, las objeciones formuladas no acreditan que la condena impuesta al GCBA configure un restablecimiento insuficiente del derecho comprometido y, por tanto, una decisión lesiva del acceso a la justicia que garantiza la regulación del proceso de amparo.

En suma, la revisión pretendida remite al análisis de aspectos procesales, de hecho y prueba que exceden las competencias de este Tribunal en tanto los agravios no demuestran que el pronunciamiento impugnado, más allá de su acierto o error, se hubiera apartado de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para apoyar sus sentencias.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 1/18.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, más allá del acierto o error de lo decidido en su momento por la Cámara de Apelaciones en punto al tratamiento de la apelación adhesiva incoada por la actora en la presente acción de amparo.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad fue notificada con fecha 1º/12/2009 en los términos del art. 119, último párrafo, CCAyT, tal como surge de las constancias obrantes a fs. 220 del expediente principal, en el que figura una nota suscripta por el defensor Fernando Lodeiro Martínez según la cual "El 1-12-2009 me notifico de la resolución de fs. 218/219. Conste".

Por su parte, el recurso de queja deducido contra la mencionada resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, fue planteado con fecha 14/12/2009, tal como surge del cargo impuesto a fs. 18 vta. de la queja. Para justificar la temporaneidad del recurso la actora sostuvo que "En este acto, me notifico de la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara CAyT, con fecha 24/11/2009.// Asimismo, pongo expresamente de manifiesto que la remisión del expediente a la Defensoría N° 1 no constituye un curso de acción idóneo para reemplazar o suplir la debida

notificación de dicha decisión, que debió haber sido cursada por medio fehaciente y dirigida a mi domicilio constituido en autos" (fs. 1 de la queja).

En primer lugar, cabe desestimar el planteo precedentemente detallado, ya que la notificación realizada en el despacho del defensor oficial es plenamente válida, a la luz de lo dispuesto en el art. 119, CCAyT que expresamente contempla esa modalidad de notificación, norma cuya constitucionalidad no fue cuestionada por la accionante.

Sentado lo expuesto, cabe concluir que el recurso de queja fue deducido extemporáneamente, ya que el art. 33 de la ley 402 dispone que si el tribunal superior de la causa deniega el recurso de inconstitucionalidad, "...puede recurrirse en queja ante el Tribunal Superior de Justicia, dentro de los cinco (5) días de su notificación por cédula...". En consecuencia, como la parte actora fue notificada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad el 1°/12/2009, *el término para interponer el recurso directo ante el Tribunal feneció el 9/12/2009,* sin perjuicio de que la presentación pudo ser efectuada, en razón del plazo de gracia, dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 hs) del 10/12/2009 (conf. art. 108, último párrafo, CCAyT).

Como tiene dicho el Tribunal, el lapso de actividad previsto para que las partes desplieguen sus cargas procesales, en el caso, la de impugnar, es un plazo fatal y perentorio [conf. "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2498/03, sentencia del 18/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3007/04, resolución del 12/8/2004; "S., M. B y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'M., J. L. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3261/04, sentencia del 24/11/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Píxel S.R.L. s/ejecución fiscal – ing. brutos Convenio Multilateral'", expte. nº 5352/07, sentencia del 12/9/2007; "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales'", expte. nº 5141/07, sentencia del 13/7/2007, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bilbao, Fabiana Mabel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5962/08, sentencia del 12/11/2008].

El Tribunal no puede conocer en el recurso deducido tardíamente por la actora, pues si lo hiciera estaría lesionando el principio de preclusión, la cosa juzgada adquirida por la decisión definitiva, y la división de poderes al desplegar este Tribunal una competencia para conocer los fundamentos del recurso por fuera de los casos y de los requisitos en que el constituyente y el legislador específicamente lo autorizan.

En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar la queja intentada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

El recurso de queja de la Sra. Szwarcman ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad

1. Es un deber de los jueces preservar la regularidad de los trámites y disponer de oficio toda diligencia que fuera necesaria para evitar nulidades (conf. art. 27, inc. 5.b, CCAyT y art. 2°, ley 402). En caso de resultar imposible esa subsanación por ser insusceptible de confirmación y exceder el campo dispositivo del proceso —por estar involucradas formas sustantivas y garantías constitucionales—, corresponde la declaración de nulidad absoluta de los actos viciados. A continuación analizaré cómo, a través de la utilización descuidada del instituto de la apelación adhesiva, se ha lesionado el principio de legalidad, la competencia del tribunal superior de la causa y la cosa juzgada (en el caso, en su aspecto formal).

2. Previo al tratamiento de las circunstancias concretas del proceso es oportuno recordar someramente los aspectos que comprende el instituto de la denominada apelación adhesiva, a fin de dejar exhibida su absoluta inaplicabilidad en el *sub lite*.

La apelación adhesiva tiene como requisitos de procedencia: *a)* Que la parte que tiene interés en esa vía sea la vencedora en juicio; *b)* Que ciertas defensas o fundamentos de su pretensión u oposición hayan sido desestimados o no considerados en la sentencia que le otorga el triunfo y, *c)* Que la parte contraria apele la sentencia. En razón de estas circunstancias y debido a que "a la parte vencedora no le es dado apelar de la sentencia porque le faltaría para ello interés jurídico, y que la cámara asume, con motivo de la apelación interpuesta por el vencido, competencia plena sobre todo el material litigioso, el tipo de cuestiones de que se trata quedan sometidas a la decisión del tribunal" (Palacio, Lino, *Derecho procesal civil*, t. v, p. 465). En igual sentido y claridad, se sostiene que "[e]n principio, el vencedor no puede impugnar la sentencia, ya que ello es un derecho del vencido y la posible apelación del vencedor respecto de lo que se pide es una contradicción en sus propios términos, viola las reglas de la lógica y el principio de los 'actos propios'. Sin embargo, en ciertos supuestos especiales es necesaria una solución porque podría presentarse una injusticia. Esta apelación se conoce como apelación adhesiva y generalmente se da en el sistema de causales, donde la pretensión se asienta en diversos hechos tipificados por el legislador (v. gr., la nulidad puede ser por vicios de error, dolo, violencia, etc.; el divorcio por adulterio, injurias graves, sevicias, etc.; el desalojo por falta de pago, ocupación indebida, vencimiento de contrato, etc.). Cuando se reclama por una de estas pretensiones (nulidad, divorcio, desalojo, etc.) fundada en varias de las causales que le dan sustento, la sentencia puede condenar al demandado considerando una sola de las causales propuestas,

ya sea porque la misma tiene entidad suficiente y hace abstracto el planteo de las demás, ya sea porque se hayan propuesto subsidiariamente. Si el vencido apela, renace el interés del actor en las causales que no fueron consideradas en el proceso, porque de ser revocada la sentencia por la causal considerada en primera instancia, puede admitirse el progreso de esa sentencia, no obstante, por otra causal. Este criterio de segunda instancia puede mantenerse para la tercera instancia. De manera que aunque el vencedor que no puede apelar la sentencia, en estos supuestos puede renovar su interés ante la apelación del vencido, para el caso de que sí se revoca la sentencia por la causal dada en primera instancia, también sean consideradas las otras causales como elementos para efectuar idéntica condena" (Falcón, Enrique M.; *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 361 y 362; en el mismo sentido, véase Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios*, Librería Editora Platense, La Plata, 1988, pp. 417 y ss.).

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tratar un recurso ordinario en "Mc Kee del Plata S.A. c/Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA) s/contrato administrativo" (*Fallos,* 323:3351), sostuvo expresamente en el considerando 8vo. que "…conforme a la doctrina que establece que, en resguardo del derecho de defensa, *la parte vencedora* en la segunda instancia puede plantear, al contestar el memorial de su contraria, aquellos argumentos o defensas desechados en la instancia anterior, *que se ha visto impedida de cuestionar por apelación* pues, si bien no le eran favorables, no le causaban agravio desde el punto de vista procesal (doctrina de *Fallos,* 311:696 y 1337)" [el destacado me pertenece].

3. En el caso de autos, ante la decisión de primera instancia y respecto de las cuestiones que introdujo mediante su "apelación adhesiva", la recurrente no fue parte vencedora (una de sus pretensiones fue expresamente rechazada) ni se vio impedida de apelar el rechazo mencionado.

La actora planteó en su demanda dos pretensiones: *a)* que se ordenase reanudar el depósito de sus salarios —bloqueados por error administrativo—, hasta tanto se resuelva el sumario iniciado en su contra por abandono de trabajo y; *b)* se le abonen sus salarios adeudados y SAC proporcional desde abril de 2008 hasta la fecha de interposición de la demanda, con más sus intereses hasta su efectivo pago. La jueza de primera instancia resolvió en su sentencia *i)* admitir la acción de amparo incoada y ordenar a la demandada continuar abonando los salarios de la actora hasta que se resuelva el trámite de su cesantía y, *ii)* desestimar el reclamo de salarios caídos efectuado, para lo cual la magistrada se remitió a los fundamentos del considerando 4º de su fallo en donde expresó "[e]n lo referente a la pretensión de pago de los salarios adeudados y SAC proporcional desde abril de 2008 a la fecha de interposición de la demanda con más intereses calculados hasta su efectivo pago, cuadra indicar que el mismo excede el fin tuitivo de la acción de amparo, por lo que para ello deberá la actora efectuar dicho reclamo por las vías administrativas y judiciales pertinentes". La actora no apeló, sin embargo, al contestar el recurso de apelación del demandado introdujo por vía de apelación adhesiva sus agravios contra

el rechazo de la pretensión de cobro de salarios caídos y SAC. En ese momento, la decisión de primera instancia ya estaba firme para la accionante (conf. cédula de fs. 194 y contestación de agravios de fs. 195/197 vta. de los principales).

Es indiscutible que *i)* la Sra. Szwarcman no fue vencedora de la pretensión que intentó discutir por vía de apelación adhesiva y, que *ii)* al resultar expresamente desestimado su reclamo respecto del pago de salarios caídos y SAC estaba habilitada para interponer recurso de apelación y no lo hizo. De suerte que el aspecto de la sentencia de primera instancia que aquí se pretende traer por vía de apelación adhesiva se encuentra bajo la autoridad de la cosa juzgada formal. Es formal toda vez que fue rechazada la vía (amparo) y no el fondo. Esa circunstancia opera como cosa juzgada al interior de este proceso y clausura dentro de él cualquier debate sobre el tema porque no se desarrolló, como carga inexorable de la parte, un acto expreso y directo de apelación de la decisión de primera instancia.

4. La Sala II abrió indebidamente su competencia para tratar la cuestión planteada a través de la "apelación adhesiva" que, como se advierte, no es sino la utilización extemporánea, inadmisible e ineficaz de una impugnación contra una sentencia definitiva firme, alcanzada por la autoridad de la cosa juzgada. Y ello porque previo a rechazar los agravios de la apelación adhesiva, el tribunal superior de la causa consideró admisible la impugnación. Ese vicio —conocer en un asunto amparado por la cosa juzgada— repercute ante esta instancia extraordinaria, dado que la actora pretende discutir nuevamente en su recurso de inconstitucionalidad, lo que ya se ha vuelto indiscutible dentro del proceso.

En consecuencia, corresponde *i)* declarar la existencia de cosa juzgada respecto de los agravios traídos por la vía extraordinaria (conf. arg. art. 282, *in fine*, CCAyT); *ii)* declarar la nulidad absoluta de la sentencia definitiva pronunciada por la Sala II de la Cámara CAyT (sentencia de fs. 206/207) en "cuanto rechaza la apelación de la actora" y confirmar en lo que demás allí decide por resultar independiente de los aspectos viciados (conf. arts. 1047, 1050 y 1039, Cód. Civil y art. 157, último párrafo, CCAyT) y, *iii)* rechazar la queja por inadmisible. Así voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Elsa Irene Szwarcman.

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

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

CLXV

"CORONEL, RAMONA DOMINGA C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Principio de congruencia. ACCIDENTE FERROVIARIO: Indemnización de daños y perjuicios. RESPONSABILIDAD CIVIL: Presupuestos. Deber de diligencia. RELACIÓN DE CAUSALIDAD: Alcances. CULPA DE LA VÍCTIMA: Intento de suicidio. Carga de la prueba. Prueba indiciaria y de presunciones. Sana crítica.

SUMARIOS:

1. Para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que se reúnan los presupuestos de antijuridicidad o ilicitud, la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual; la relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho —acto u omisión— que lo provocó; y el factor subjetivo —culpa o dolo— u objetivo —sin reproche moral al autor de la conducta— de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

2. Para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir considerar si el acto u omisión del presunto responsable era idóneo para producir regular o normalmente ese resultado; y ese juicio de previsibilidad debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

3. El nexo causal puede ser interrumpido cuando el daño es resultado de una causa ajena, es decir extraña al hecho del demandado, lo que lo exonera total o parcialmente de la responsabilidad civil, como puede ser un hecho de la víctima o acreedor, el hecho de un tercero, o bien un caso fortuito o fuerza mayor. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

4. Existe un hecho imputable a la víctima cuando actúa con negligencia, descuido, imprudencia o impericia respecto de su persona, exponiéndose al peligro de sufrir un daño; y cuando este factor constituye la causa exclusiva del perjuicio, exime de responsabilidad civil a los terceros, en virtud de lo dispuesto en el art. 1111, Cód. Civil. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

5. Al no existir dudas acerca de cuál fue el lugar del hecho y el horario aproximado, y tratándose de un hecho no controvertido, ya que las partes coincidieron en afirmar en sus escritos constitutivos que el sitio en el que se produjo el siniestro es un lugar alejado del paso peatonal más cercano, al cual únicamente puede accederse caminando por las vías del ferrocarril, una interpretación razonada, conforme el sistema de la sana crítica, permite formar convicción respecto de la existencia

de un hecho de la actora, que se transformó en la causa exclusiva del resultado dañoso cuya reparación se persigue en autos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

6. La prohibición de transitar por las vías establecida por el Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado por dec. 90.425 del 12/9/1936 y actualizado al 31/12/1995, y fundada también en el sentido común y en las pautas socialmente aceptadas fue violada por la actora, quien al producirse el hecho, en forma claramente imprudente, estaba transitando una zona de vías alejada de los pasos peatonales específicamente habilitados, y se interpuso en el camino de la locomotora, que circulaba con las luces prendidas, y fue embestida por ella. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

7. La pretensión de que los demandados prueben acabadamente la intención suicida de la actora en el hecho, ante la negativa de la misma, implicaría exigirle una prueba diabólica o de imposible cumplimiento, puesto que la única persona que puede aseverar lo que realmente ocurrió en su fuero interno, cuál fue su verdadera intención, es la propia actora. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

8. Existen indicios varios y concordantes que permiten formar convicción respecto de la existencia de una intención suicida, tales como los previos intentos de suicidio, el padecimiento de un trastorno bipolar con tendencia a la impulsividad y falta de límites en materia de riesgo corporal; y la constancia de que en los momentos previos al accidente la actora mantuvo una discusión familiar tras la cual se retiró del domicilio profiriendo amenazas de que se quitaría la vida tirándose debajo de un tren. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

9. Aun en la hipótesis de considerar que el siniestro no fue un intento de suicidio sino un accidente, ello no tiene ninguna entidad para refutar la conclusión a la que arribaron los jueces de mérito en el sentido de que el mismo ocurrió como consecuencia de un hecho atribuible exclusivamente a la actora, que si no se arrojó ante el paso de la locomotora para quitarse la vida, lo cierto es que habría obrado con una imprudencia total, ya que estaba en un lugar en el que no podía transitar —zona de vías—, evidenciando una distracción absoluta al no advertir que una locomotora con las luces prendidas se acercaba, y en forma totalmente negligente se interpuso ante el paso de la locomotora. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

10. En cuanto al agravio relativo al lugar del accidente, la actora pretende modificar la plataforma fáctica presentada por ella misma en la demanda, lo que impide su consideración y tratamiento en virtud del principio de congruencia, y porque lo contrario implicaría afectar gravemente el derecho de defensa de los demandados, quien han realizado su defensa teniendo en cuenta los hechos mencionados por la actora en su demanda. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

11. Al no haberse probado que exista algún incumplimiento, por parte de Trenes de Buenos Aires S.A., de los recaudos de seguridad exigidos por la normativa vigente, no se puede afirmar que exista un factor imputable a la empresa codemandada que haya incidido causalmente en la producción del evento dañoso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

12. Dado que el recurso de apelación ordinario de la actora pretende violentar el principio de congruencia, al solicitar una actuación judicial parcial y violatoria del derecho de defensa de los codemandados, e interpretar las pruebas de una manera caprichosa y arbitraria, lo que resulta difícilmente compatible con la invocación de justicia que se formula, corresponde rechazar disponer su rechazo con costas a la vencida (conf. art. 62, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Marta Paz y José O. Casás).*

13. En el campo de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función: por un lado, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso, por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un sistema predeterminado de imputación de consecuencias. *(Voto de la señora jueza Marta Paz).*

14. La carga de la prueba del nexo de causalidad incumbe al actor, quien debe acreditar la existencia del daño y la conexión entre los factores eficientes del daño, ya sean personas o cosas, y el daño mismo, pues de lo contrario, bastaría la afirmación de la víctima, como si se presumiera la relación causal, para comprometer en el hecho a un tercero absolutamente ajeno al mismo (arts. 901 y 906, CC). *(Voto de la señora jueza Marta Paz).*

15. Si la culpa de la víctima se encuentra debidamente comprobada, se torna inexistente la necesaria relación de causalidad para la atribución de la responsabilidad civil pretendida, de modo que la ausencia de culpa o negligencia por parte de la codemandada —Gobierno de la Ciudad de Buenos Aries— la exime de responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, lo que implica la ausencia de obligación de reparar daño alguno. *(Voto de la señora jueza Marta Paz).*

16. Las extensas consideraciones vertidas en el recurso ordinario de apelación no hacen más que reiterar cuestiones ya abordadas y resueltas por el *a quo* con un sentido adverso a las pretensiones de la recurrente, mas no exponen una refutación concreta y razonada de aquellas motivaciones fácticas y jurídicas desarrolladas por la alzada para desestimar cada uno de los agravios esbozados en su oportunidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

17. Las constancias de la causa permiten concluir que existió un hecho extraño al riesgo de la cosa (la locomotora en marcha) que es la propia conducta de la víctima durante los momentos cruciales del evento lesivo, que tuvo virtualidad suficiente para determinar por sí solo el daño ocasionado y, en consecuencia, produjo la interrupción del nexo de causalidad requerido a fin de atribuir responsabilidad a la empresa TBA S.A. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

18. La accionante —de acuerdo a su propia versión de los hechos— no podía desconocer la situación de máxima peligrosidad a la que voluntariamente se expuso, pues de su relato se desprende que sabía que se encontraba sobre las vías del

ferrocarril donde efectivamente se produjo el impacto con la locomotora —esto es, en una zona de vías del ferrocarril Sarmiento próxima a su domicilio, aproximadamente a unos 100 m del paso peatonal autorizado más cercano— y que había llegado allí luego de haber bajado por una escalera de cemento y caminado por un "caminito con yuyos" (arts. 512 y 902, Cód. Civil). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

19. Los jueces están obligados —por la ley— a resolver los casos que se someten a su conocimiento a partir de los hechos expuestos en la demanda y comprobados en el expediente de acuerdo con la prueba efectivamente producida, pues de lo contario se excederían en el ejercicio de su función. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

20. Quien introduce en la sociedad una cosa riesgosa o viciosa debe responder por los daños que ese riesgo genere a terceros y sólo puede eximirse de responsabilidad, total o parcialmente, acreditando que medió, en la producción del evento dañoso, culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (art. 1113, Cód. Civil). *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

21. La empresa demandada omitió cumplir con un cuidado a su cargo consistente en bloquear el paso que facilitó el acceso de la actora al lugar del accidente, circunstancia que permite acreditar su responsabilidad. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. De acuerdo con las previsiones contenidas en el art. 1113 párrafo *in fine* del Cód. Civil recae sobre la parte demandada acreditar mediante la prueba de las circunstancias relevantes que rodearon el hecho que la culpa de la víctima haya sido la única causa generadora del daño. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. La demandada no produjo probanzas tendientes a demostrar las circunstancias de modo o la mecánica del accidente, por lo que no está acreditado cómo fue embestida la actora por la locomotora de TBA S.A., ni cómo accedió la víctima a la mencionada zona. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

24. La demandada tiene el deber de adoptar un elevado grado de diligencia en evitar la presencia de un ser humano en un lugar en el que operan trenes o, si fuera imposible impedirlo en términos absolutos, dificultarlo en cuanto ello estuviera al alcance del operador del servicio y asegurar que el usuario o el tercero adquieran plena conciencia de cuál es el riesgo que asumen, puesto que las consecuencias de un accidente pueden ser fatales o gravísimas e irreversibles. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

25. El accidente reconoce como causa tanto la negligencia de la actora como el riesgo de la cosa (y la falta de cuidados para evitar que éste se concretase en el daño irrogado) que se encontraba bajo el dominio y guarda de TBA S.A., sin que esta última haya logrado demostrar culpa exclusiva de la víctima. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

26. En tanto a TBA S.A., como dueño y guardián de la cosa, le era exigible un mayor grado de diligencia que aquel que correspondía a la actora, además del deber de responder que, como principio, prescribe el art. 1113, segundo párrafo *in fine*, del

Cód. Civil, a la primera le cabe un grado de responsabilidad sensiblemente mayor en la producción del daño, por lo que cabe revocar la decisión del *a quo* a este respecto y, en consecuencia, teniendo en cuenta la medida de la participación de cada una de las partes en la generación del daño, atribuir el cuarenta por ciento (40 %) de responsabilidad en la producción del daño originado en el accidente ferroviario a la actora, y el setenta por ciento (60 %) restante a TBA S.A. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

27. Resulta pertinente otorgar una indemnización por los gastos reclamados dada la situación de imposibilidad de llevar una vida autosuficiente en que ha quedado la actora que, incluso, llega al extremo de requerir asistencia para poder satisfacer sus necesidades básicas, por lo que corresponde establecer el *quantum* de este rubro en un monto que alcance para cubrir los gastos que implicarán contar con tres empleados de servicio doméstico de primera categoría con retiro (a fin de que queden cubiertas las 24 hs que tiene el día), para que puedan asistirla permanentemente. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

28. Corresponde desestimar la pretensión de resarcimiento de los gastos de tratamiento psiquiátrico, debido a que está probado que la prestación que PAMI provee a la actora abarca el tratamiento psicológico y psiquiátrico y también el pedido de indemnización para afrontar los gastos de tratamiento de la terapia para reeducación, que hasta el momento se ha desarrollado en el Instituto de rehabilitación del GCBA, a lo que se suma que la actora no produjo prueba alguna tendente a acreditar que incurrió en algún gasto para afrontar dicho tratamiento, ni la conveniencia de llevarlo adelante en el futuro en un centro privado. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

29. Si bien la actora no produjo prueba alguna en respaldo de su petición para afrontar los gastos de adaptación de su inmueble, no corresponde rechazarla totalmente, sino reducirla prudencialmente, puesto que, dadas las condiciones físicas en que se encuentra la actora a raíz del accidente, necesariamente deberá efectuar algunas refacciones en su hogar para desenvolver su actividad cotidiana. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

30. En relación con la alegada responsabilidad del GCBA por la actuación que le cupo al SAME, más allá de cuál es el encuadre jurídico bajo el cual correspondería subsumir la cuestión a fin de determinar el factor de atribución de la responsabilidad, la recurrente no introdujo ningún agravio conducente para conmover a este respecto la resolución cuestionada, puesto que no muestra que la imputada tardanza de la mencionada repartición en socorrerla le haya generado algún daño. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6630/09 - 13/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Ramona Dominga Coronel interpuso recurso de apelación ordinario (fs. 793/794) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que, al rechazar los recursos interpuestos por la actora y por la demandada, confirmó la sentencia de primera instancia que, en lo que ahora importa, había rechazado la demanda de daños y perjuicios entablada por su parte en concepto de los daños sufridos como consecuencia del accidente ferroviario sucedido el día 22 de abril de 1999 en el km 4 palo 0 de la línea de Ferrocarril Sarmiento que le provocó, entre otros padecimientos, la pérdida de cuatro miembros, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), Trenes de Buenos Aires S. A. (TBA S.A.), el Sr. Juan Carlos Herrera y el Sr. Pedro Pablo Lacoste por la suma de pesos dos millones ($ 2.000.000) o lo que en más o en menos resultase de la prueba a producirse, con más sus intereses y costas; e impuso las costas de esa instancia a la actora vencida (fs. 784/789).

Para así decidir, la Cámara estimó que los agravios desarrollados por la recurrente no lograban conmover la decisión de primera instancia, en cuanto había concluido, a partir del análisis que efectuó de las constancias de la causa, de la doctrina y de la jurisprudencia que citó, que el hecho de la víctima —consistente en la circulación en la zona exclusiva de vías, cuyo acceso a peatones se encontraba prohibido, y a una distancia de más de cien metros del cruce peatonal— tuvo entidad suficiente para interrumpir el nexo causal, generador de la responsabilidad de las demandadas, revistiendo las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor, configurándose así la excepción establecida en el art. 1113, párr. 2º, parte final del Cód. Civil. Sostuvo, principalmente: *i)* que el pedido de la actora de que los jueces dispusieran un resarcimiento a su favor, fundado en razones de equidad (art. 907, Cód. Civil) implicaba una alteración de la pretensión introducida en la demanda, por lo que, por aplicación del principio de congruencia (arts. 27 inc. 4° y 145 inc. 6°, CCAyT), debía ser rechazado; *ii)* que el planteo según el cual el juez de primera instancia había tenido por probado el hecho dañoso, pero había omitido indicar que él tuvo lugar en el cruce peatonal ubicado en la calle Martín de Gainza, alrededor de las 22:00 hs no fue incorporado en la demanda, e incluso se contradecía con dichos de la propia actora, por lo que, en virtud del principio de congruencia, su consideración le estaba vedada al Tribunal; *iii)* respecto del cuestionamiento a la omisión del magistrado de primera instancia de efectuar una inspección ocular en el lugar, precisó que correspondía a la actora solicitar las medidas probatorias tendentes a fundar su derecho; *iv)* en relación con el agravio dirigido a cuestionar que el juez de primera instancia se haya apartado del testimonio de la Sra. Marta Edith Martínez, la recurrente no explicó en qué manera la perjudicó la circunstancia de que dicho magistrado haya dado preeminencia a las declaraciones del maquinista y su acompañante, por sobre la de la testigo mencionada; *v)* rechazó también los planteos de la actora relativos a la falta de ponderación en la sentencia de los peritajes psiquiátricos y fisiátricos, así como de las constancias obrantes a fs. 431 de la historia clínica; *vi)* respecto de la alegada prohibición de

declarar contra la imputada que recaía sobre su cónyuge y su hija (art. 242, CPPN), lo que impediría que los testimonios recabados en sede penal fuesen considerados por la justicia Contencioso Administrativa de esta Ciudad, el *a quo* señaló, por un lado, que el CCAyT no veda el ofrecimiento en calidad de testigos —a diferencia del art. 427, CPCCN— al cónyuge, consanguíneos y afines en línea directa de las partes y, por el otro, que, en tanto la Sra. Coronel no había sido imputada en la causa instruida en sede penal, la valoración de las mencionadas declaraciones no se tradujo en la violación de ninguna limitación probatoria; *vii)* la alegada falta de ponderación de la excesiva velocidad a la que circulaba la locomotora que embistió a la Sra. Coronel no fue propuesto en la demanda, por lo que su consideración en esa instancia vulneraría el principio de congruencia (fs. 797/802).

2. A fs. 806 vta., la Cámara concedió el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 38 LPTSJ, por considerar que se encontraban reunidos los requisitos para su admisibilidad (art. 26, inc. 6°, ley 7, con la modificación introducida por la ley 189).

3. Arribadas las actuaciones a este Tribunal, la recurrente presentó el memorial de agravios que luce a fs. 820/835. En él, cuestiona la decisión que confirmó el rechazo de su demanda, puesto que considera que no se encuentra debidamente acreditada la culpa de su parte con aptitud para eximir completamente de responsabilidad a los demandados. Se agravia, concretamente, por: *i)* el rechazo de sus planteos relativos al lugar y hora del accidente, así como del relativo a que la locomotora que la embistió se encontraba circulando en exceso de velocidad, circunstancia, esta última, que impidió que pudiese frenar a tiempo para evitar el accidente, por considerar que los jueces de mérito debieron emplear las herramientas que les confiere el código procesal para formar su convicción respecto de los hechos controvertidos, con independencia de la actividad probatoria desplegada por las partes; *ii)* la omisión de efectuar una inspección ocular en el lugar en que ocurrió el accidente, apoyándose para ello en el mismo fundamento reseñado en el punto i) que antecede; *iii)* el rechazo de la pretendida indemnización fundada en el art. 907, Cód. Civil, puesto que, según afirma, ésta resultaba aplicable al caso y no importaba una alteración del objeto de la demanda; *iv)* el rechazo de su planteo dirigido a cuestionar el apartamiento del juez de primera instancia del testimonio de la Sra. Marta Edith Martínez; *v)* la falta de atribución de responsabilidad al SAME, dependiente del GCBA, originada en la tardanza en que incurrió en socorrerla, negligencia que —según afirma— puso en riesgo su vida; *vi)* el rechazo del planteo relativo al alegado incumplimiento en que incurrieron los demandados de adoptar las medidas de seguridad establecidas en la normativa aplicable (presencia de personal de vigilancia, de carteles que indicasen la prohibición del paso peatonal, de cerco perimetral que lo impidiera).

4. A fs. 835 se confirió traslado del memorial presentado por la parte actora a los demandados (GCBA, TBA S.A., Sres. Juan Carlos Herrera y Pedro Pablo Lacoste) y a la citada en garantía (delegados liquidadores de la Uruguaya Argentina

Cía. de Seguros S.A.), que fue contestado por el GCBA (fs. 841/849) y por TBA S.A (fs. 850/854 vta.). Vencido el plazo para contestar el mencionado traslado, se dio por decaído el derecho de los restantes demandados y de la citada en garantía para hacerlo y se corrió vista a la Fiscalía General (fs. 855).

5. En su dictamen, el señor fiscal general adjunto estimó que, por no hallarse comprometido el interés social, ni encontrarse en juego normas constitucionales, o de derecho público que trasciendan el mero interés de la parte, no correspondía que se expidiera sobre la cuestión de fondo.

A fs. 860 el señor juez de trámite ordenó pasar los autos al acuerdo, providencia que fue notificada según constancias de fs. 861/865.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso ordinario de apelación deducido por la Sra. Ramona Dominga Coronel fue interpuesto en tiempo oportuno y cumple con los recaudos legales (arts. 38, ley 402 y 26, inc. 6°, ley 7 con la modificación introducida por el art. 2°, ley 189), conf. la doctrina sentada por este Tribunal *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. n° 860/01, sentencia del 9/4/2001 y mi voto en "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. 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 4102/05, sentencia del 14/12/2005.

2. La decisión que viene cuestionada es aquella que confirmó, en lo que ahora importa, la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda promovida por la Sra. Coronel a fin de que se condenase a los demandados (GCBA, TBA S.A., Sr. Juan Carlos Herrera y Sr. Pedro Pablo Lacoste) a raíz de dos sucesos que, según afirma, le originaron los daños que pretende sean resarcidos. Los dos hechos relevantes a partir de los cuales la actora atribuye responsabilidades son, por un lado, el accidente ferroviario que relata en su demanda y, por el otro, la demora en que habría incurrido el SAME (dependiente del GCBA) en socorrerla.

3. Comenzaré por analizar los planteos vinculados al rechazo de la indemnización por los daños y perjuicios originados en el accidente ferroviario.

Al respecto, como surge de los "resulta", la recurrente se agravia de que el *a quo* desestimó sus argumentos tendentes a rebatir las razones por las cuales el juez de primera instancia consideró debidamente acreditada en autos la presencia de culpa de la víctima en condiciones que, según entendió, justificaban eximir de responsabilidad a los demandados por los daños padecidos a raíz del mencionado accidente (art. 1113, párr. 2º, Cód. Civil).

Pese a que la cuestión viene encuadrada genéricamente por el *a quo* en las previsiones del art. 1113, segundo párrafo del Cód. Civil, a fin de ingresar en el análisis de los planteos de la recurrente, es preciso distinguir el factor de atribución

bajo el cual debe ser establecida la presencia de responsabilidad de cada uno de los demandados.

4. La cuestión propuesta, en relación con la demanda entablada contra TBA S.A., viene regida por el art. 1113, párr. 2º *in fine,* del Cód. Civil, que hace pesar la responsabilidad de los daños con las cosas sobre el dueño o guardián, a menos que éste demuestre que de su parte no hubo culpa, hasta llevar esa exigencia a la demostración de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, para eximirlo total o parcialmente del deber de reparar cuando el daño viene ocasionado por el riesgo de la cosa.

En efecto, no se encuentra controvertido en autos que la Sra. Coronel fue embestida por una locomotora en movimiento, que ello le generó los daños acreditados en estas actuaciones y que la locomotora, cuya guarda no había sido desplazada, era propiedad de TBA S.A. Tampoco se encuentra controvertido que una locomotora en movimiento genera un riesgo, en los términos del art. 1113, párr. 2º *in fine*, a la vez que la jurisprudencia en la materia es conteste[26] en asignarle dicho carácter.

Quien introduce en la sociedad una cosa riesgosa o viciosa debe responder por los daños que ese riesgo genere a terceros y sólo puede eximirse de responsabilidad, total o parcialmente, acreditando que medió, en la producción del evento dañoso, culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (art. 1113, Cód. Civil).

En el caso, la carga de la prueba recaía, en consecuencia, sobre TBA S.A. (dueño y guardián), puesto que "...sentada la participación del ferrocarril en el evento, no cabía exigir a la demandante la acreditación de otros extremos ni la demostración de la forma concreta en que se produjo el infortunio, toda vez que, al tratarse en el caso de un daño causado por el 'riesgo' de la cosa (art. 1113, apart. 2, párrafo final), basta con que el afectado demuestre el daño causado y el contacto con aquella, quedando a cargo de la demandada, como dueña o guardián de ella, acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder" (*Fallos,* 317:1336). Sin perjuicio de ello, se verá más adelante que TBA S.A. omitió cumplir con un cuidado a su cargo consistente en bloquear el paso que facilitó el acceso de la actora al lugar del accidente, circunstancia que permite ver su responsabilidad también a la luz del primer supuesto de la norma mencionada.

En tales condiciones, partiendo del deber de responder que recae sobre la demandada, corresponde analizar si ésta logró acreditar en el caso la concurrencia para la producción del accidente de culpa de la víctima que conduzca a eximirla, total o parcialmente, de responsabilidad, en condiciones en que, además, el obrar de la víctima tornare inocua la negligencia de la empresa en cumplir con su deber de bloquear el acceso al que me referí en el párrafo anterior.

[26] V. gr. CNCiv., Sala A, 11/9/1989, *LL* 1990-B, 318; CNCiv., Sala I, 7/3/2000, *LL* 2000-F, 485, *DJ* 2000- 3,322; CNCiv., Sala K, 12/2/2002, *LL*, 2002-B, 304, *DJ* 2002-1, 1042; *Fallos,* 311:1018, 315:2517, entre muchos otros.

A partir de lo dicho, anticipo mi opinión en el sentido de que, tal como lo sostiene la recurrente, erró el *a quo* en liberar completamente de responsabilidad a la demandada, para lo cual analizó sólo parcialmente la prueba producida e impuso a la actora una carga que no le era exigible a la luz de la citada regla del art. 1113 del Cód. Civil, a saber, la demostración de su inculpabilidad.

En efecto, como se verá, el análisis de las actuaciones y, en particular, de la prueba producida por las partes, no permite arribar a la solución adoptada por el *a quo* —que debió ser precedida por la demostración de la concurrencia en el caso de culpa exclusiva de la víctima—, pues, si bien ha quedado acreditada cierta negligencia de la actora —al transitar por una zona operacional del Ferrocarril, no prevista para el paso de peatones—, dicha circunstancia, aunque resulta idónea para eximir parcialmente de responsabilidad a TBA S.A., no logra neutralizar completamente el deber de responder que recae sobre ésta por el riesgo de la cosa.

4.1. En primer lugar, corresponde despejar la cuestión relativa al lugar en que ocurrió el accidente.

La recurrente insiste en sostener frente a esta instancia que el lugar del accidente se ubicó en el cruce peatonal que se encuentra en la calle Martín de Gainza, cuestión que fue desechada por el *a quo* con fundamento en que no había sido introducida oportunamente. Este argumento de la Cámara no viene rebatido por la recurrente, quien pretende fundar su tardía introducción en las potestades de los jueces para ordenar el debate (art. 29, inc. 2° y cc., CCAyT), pero sin hacerse cargo de que —más allá del alcance que quepa asignar a dichas atribuciones— éstas deben ser compatibilizadas con el principio de congruencia (art. 27, inc. 4°, 145 y 247, CCAyT) destinado a resguardar el derecho de defensa de los litigantes. Ello así, no puede ahora la recurrente proponer un relato de los hechos diferente del sostenido en la demanda, sin respaldo normativo para introducirlo, bajo la pretensión de avanzar sobre una cuestión acerca de la cual no giró el debate de autos.

Sin perjuicio de lo dicho, resulta relevante destacar la falta de certeza acerca del lugar preciso en que ocurrió el hecho. De lo expresado por la actora en su escrito de demanda surge que "...siendo las 22.52 hs aproximadamente de aquel 22 de abril de 1999, la actora fue violentamente embestida por la locomotora nº 657 (...) a la altura del kilómetro 4 palo 0..." (fs. 1 vta.). Estos dichos no arrojan una respuesta unívoca al interrogante acerca de dónde ocurrió el hecho, puesto que la ambigüedad propia del lenguaje sumada a la falta de disquisición en relación a dónde se encontraba la actora cuando fue impactada por la locomotora y dónde se encontró a la actora luego del impacto, permitiría concluir que se está refiriendo a cualquiera de las dos circunstancias. Por su parte, los demandados (TBA S.A., Lacoste y Herrera) afirmaron "...que la colisión se produjo en el km 4, palo 0 de la numeración ferroviaria...", expresiones a las que cabe atribuir idénticas deficiencias, puesto que ninguna de las partes se ha ocupado de esclarecer el punto. El testimonio del oficial Linera, recabado en sede penal, reafirma lo dicho, en tanto de éste surge

que "...[fue] desplazado por la División Comando Dígito Radial a la intersección de vías de FC Sarmiento y calle Martín de Gainza a raíz de haberse producido un accidente (...) Que comprueba que no era el lugar indicado, sino a la altura del km 4, palo 0, es decir unos 100 metros adelante, donde no se halla paso peatonal alguno..." (fs. 2 del expediente penal). En suma, existe una coincidencia en ubicar el lugar del accidente en el km 4 palo 0 de la línea de ferrocarril Sarmiento, ramal Once-Moreno, y no en el cruce peatonal de la calle Martín de Gainza, como pretende ahora la actora —lugar este último que, según el informe producido a fs. 406 por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, se encuentra a más de 100 m del paso a nivel ubicado en la calle Martín de Gainza (que corresponde al km 3,891)—, sin embargo, por las razones mencionadas, esta coincidencia no alcanza para despejar la apuntada imprecisión.

A partir de lo dicho, no es posible establecer el lugar preciso en que se encontraba la Sra. Coronel al momento de recibir el impacto, sin perjuicio de lo cual, quedó acreditado en autos que se encontraba transitando por una zona no prevista para el paso peatonal, lo cual importó la asunción, por parte de la actora, de un riesgo mayor al asumido por el dueño de la cosa. Si bien es este último sobre quien pesa el deber primario de cuidado, las características del lugar (relatadas por la propia actora, al expresar, v. gr., que ingresó en una zona de "yuyos") revelaban que el lugar no estaba preparado para el tránsito humano, sino para el de trenes (ausencia de senderos peatonales, presencia de vías sobre las que habitualmente circulan trenes). Ello implica algún mínimo de advertencia de que no se espera un desplazamiento humano, así como de que el ingreso hacia esa zona implica la asunción del riesgo de toparse con un tren. Igualmente, esta circunstancia no es suficiente, a la luz de las normas vigentes, para desplazar por completo la responsabilidad hacia la actora, puesto que la normativa busca, precisamente, no dejar librado a la apreciación de un particular no suficientemente advertido o inexperto el entendimiento cabal de la magnitud del riesgo, e impone al dueño o guardián un deber consistente en impedir que el riesgo introducido produzca un daño a otro, lo que se traduce en asegurar que el transeúnte tome total conciencia de estar ingresando en un espacio en el que operan trenes y en el que su tránsito es particularmente inseguro. Esta cuestión será retomada en el punto siguiente a fin de precisar la medida de incidencia en el caso de culpa imputable a la víctima, en el marco de las previsiones contenidas en el art. 1113, párr. 2º *in fine* del Cód. Civil.

4.2. La demandada no acreditó, pese a la carga que sobre ella recaía, que la culpa de la víctima haya sido la única causa generadora del daño.

Ello debido a la ausencia de pruebas acerca de las circunstancias relevantes que rodearon el hecho, el cumplimiento o no del deber de diligencia que recaía sobre la demandada o la inevitabilidad del accidente por causas vinculadas exclusivamente a la conducta de la actora.

TBA S.A. no produjo probanzas tendentes a demostrar las circunstancias de modo o la mecánica del accidente. Además de la falta de precisión en cuanto al lugar en que ocurrió el accidente (véase punto anterior), tampoco surge de las

probanzas producidas elemento alguno que permita determinar si las lesiones generadas tienen origen en un trauma recibido de pie o por encontrarse la víctima tendida en las vías y, para el primero de los supuestos, si éste fue de frente, a raíz de haber sido succionada por el tren en movimiento, si se produjo en forma lateral, si las lesiones —ubicadas en miembros inferiores a la altura de los tobillos y cortes importantes en sus manos, que refiere el oficial de la Policía Federal Oscar Fernando Linera, quien concurrió al lugar por derivación del Comando Dígito Radial— fueron ocasionadas por las ruedas del tren o por un impacto con otra parte de la locomotora, cuestiones éstas que resultaban determinantes para arribar a una solución como la ahora recurrida.

En síntesis, no está acreditado cómo fue embestida la actora por la locomotora de TBA S.A., lo que impide avalar la hipótesis propuesta por la demandada, según la cual "...existe en autos una amplia prueba producida que demuestra en forma categórica y terminante que la actora intentó quitarse la vida acostándose sobre las vías instantes previos a que la locomotora pasara por ese lugar" (fs. 851 vta.), puesto que no invoca ninguna prueba en respaldo de sus dichos y, en cambio, no muestra de qué modo la que cita (informativa contestada por el Hospital Durand y por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte) permitiría concluir aquello que la demandada afirma.

Otra deficiencia relevante consiste en la completa omisión probatoria en que incurrió TBA S.A. acerca de cómo accedió la víctima a la mencionada zona. Ello, sin perjuicio de que la propia demandada reconoce que el acceso no se encuentra totalmente cerrado por resultar ello, según afirma, imposible, aunque no buscó tampoco apoyar esta última afirmación en prueba alguna (véase fs. 171 vta.).

La dilucidación de cualquiera de las circunstancias apuntadas resultaba relevante a fin de revertir el deber de responder que, como principio, recaía sobre la demandada, a la vez que podrían haber sido fácilmente demostradas con los peritajes respectivos.

En este sentido, los únicos testigos del infortunio fueron dos empleados de la empresa demandada (Sres. Pedro Pablo Lacoste y Juan Carlos Herrera), quienes, a la vez, son también demandados en el presente proceso. Según los dichos del Sr. Pedro Pablo Lacoste, la actora "...salió por entre un paredón aparentemente de una finca lindera a las vías férreas" (fs. 87 vta.), lo cual revelaría, al menos, que no estaba tendida en las vías ni desplazándose en medio de ellas. Sin embargo, del acta de inspección acompañada por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), se desprende que el acceso al lugar no podía realizarse desde las fincas laterales. En efecto, surge de ésta que el estado de cerramiento en el lugar en que se produjo el accidente es el siguiente: del lado ascendente de la numeración ferroviaria, hay muros de mampostería que delimitan las propiedades linderas, que el extremo de la calle Espinosa está cerrado mediante un muro de losetas de hormigón armado, mientras que del lado descendente, el deslinde con la propiedad lindera está constituido por un tapial de chapas acanaladas de altura aproximada a los dos metros (véase fs. 405).

Asimismo, no hay constancia probatoria alguna que acredite que el acceso desde el cruce peatonal a la zona ferroviaria se encuentre efectivamente impedido, o debidamente señalizado a fin de evitar el paso, circunstancia que, frente a la carga que pesaba sobre TBA, no puede ser interpretada en perjuicio de la actora.

Cabe señalar que, de acuerdo a lo prescripto por las "Normas para los cruces entre caminos y vías férreas" aprobado por la resol. 7/81 SETOP, "[e]l acceso a la propiedad ferroviaria desde un cruce ferrovial, será impedido físicamente en la mejor forma posible para cada caso, tratando de que el ingreso a la zona de operaciones del ferrocarril sea un acto consciente. Por lo menos se cercará la zona vedada en las proximidades del cruce" (art. 8.4.1). Tampoco fue acreditada por TBA S.A. la observancia de estos recaudos, esto es, no demostró haber cumplido con las diligencias que le eran exigibles en función de la normativa aplicable a fin de evitar la producción del daño.

A la luz de las consideraciones precedentes, no es posible presumir que la actora se haya visto en la necesidad de superar obstáculo alguno para llegar al lugar en cuestión, o que haya sido debidamente avisada (mediante las señales pertinentes) de que se encontraba transitando por una zona prohibida para la circulación peatonal, todos deberes que pesaban sobre quien tiene a su guarda una cosa tan riesgosa como lo es un tren en movimiento que, por sus características propias de peso y composición, justifica las obligaciones impuestas por la norma trascripta en el párrafo precedente y que se traducen en el deber de adoptar un elevado grado de diligencia en evitar la presencia de un ser humano en un lugar en el que operan trenes o, si fuera imposible impedirlo en términos absolutos, dificultarlo en cuanto ello estuviera al alcance del operador del servicio y asegurar que el usuario o el tercero adquieran plena conciencia de cuál es el riesgo que asumen, puesto que las consecuencias de un accidente pueden ser fatales o bien, como en el caso, gravísimas e irreversibles.

Menos aún se ha acreditado la intención de la actora en generarse un daño a sí misma, o haber obrado con indiferencia frente a la representación de que éste podría acaecer. La CSJN, en reiteradas oportunidades, ha señalado, respecto de la materia que ahora nos ocupa, que la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como la única causa del daño, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (*Fallos,* 308:1597, 311:1018, 312:2412, 316:2774, 321:700, entre otros), extremos que la demandada no ha logrado demostrar.

En suma, TBA S.A. no probó haber cumplido con los cuidados establecidos por las normas que regulan su actividad (es decir, que el acceso a la zona en que ocurrió el accidente haya estado físicamente vedado y adecuadamente señalizado) ni tampoco que este extremo fuera irrelevante en función de la actuación de la propia víctima. Esto último, puesto que no demostró que aun cuando hubiera adoptado todas las medidas que estaban a su alcance y que le eran exigibles, el accidente habría acontecido, igualmente, por causas imputables a la actora; no demostró la

invocada intencionalidad de ésta en la producción del evento ni, por ende, la alegada responsabilidad exclusiva de la actora, pues no hay un elemento corroborativo del intento de suicidio. No basta, a ese fin, mostrar un elevado grado de desesperanza ni tampoco la circunstancia de que la actora hubiera afirmado un propósito porque, aun cuando pudieran estas circunstancias tornar comprensible un cuadro que desemboca en privarse de la vida, o intentarlo, no siempre coinciden con el suicidio, o su intento, sino que concurren en muchos escenarios, probablemente más numerosos, en que las manifestaciones en ese sentido constituyen más un llamado a la compasión o al afecto de otros, allegados o no, que un anuncio o pronóstico de lo que efectivamente se hará. Precisamente, en relación a esta cuestión, el perito psiquiatra señaló que "...existe una distancia evidente entre una puesta en escena (a saber 'relaciones conflictivas con su entorno a quien extorsionaba desde siempre con quitarse la vida como mecanismo de control habitual') [...] y un pasaje al acto suicida. Ya que, de hecho, no consta que en los episodios dichos como habituales haya quedado inte[r]nada en servicios psiquiátricos" (fs. 534). También surge de la peritación psiquiátrica de fs. 373, en relación al estado de depresión que padecía la Sra. Coronel luego del accidente, que ello da cuenta de "…una subjetividad que debe adaptarse y no desbordes psicóticos". En definitiva, las palabras son susceptibles de muchos significados distintos del puramente descriptivo, y lo acreditado en autos solo demuestra que apareció en un sitio en el cual alguien cuidadoso no se adentraría. Sin embargo, sí está probado que se trataba de un lugar con características tales que revelaban que no estaba preparado para el acceso de los peatones pues, sin perjuicio de la falta de precisión en relación al lugar exacto en que fue impactada por la locomotora, sí está demostrado que esto sucedió en un lugar al que, aunque sin que se hubiera cumplido con la resol. 7/81 transcripta más arriba, había razones para advertir que no era seguro. Esta circunstancia implicó la asunción de un riesgo por parte de la víctima que exigía, a su respecto, obrar con mayor cautela, razón por la cual, como se dijo, la responsabilidad que le cabe a la demandada se ve en alguna medida mermada pues, aunque las advertencias eran insuficientes, hubo elementos, esencialmente las características del lugar, que, en circunstancias normales, desencadenan cuidados especiales en el eventual transeúnte, cuidados que la actora no tomó, lo que constituye una negligencia por parte de la Sra. Coronel, a la vez que no puede soslayarse que, advertida la cercanía de la locomotora —lo cual habría sido posible si hubiera obrado con mayor diligencia frente al mayor riesgo asumido—, la actora era quien se encontraba en mejores condiciones de detener su marcha o alejarse de las vías.

En virtud de todo lo dicho, estimo que el accidente reconoce como causa tanto la negligencia de la actora como el riesgo de la cosa (y la falta de cuidados para evitar que éste se concretase en el daño irrogado) que se encontraba bajo el dominio y guarda de TBA S.A., sin que esta última haya logrado demostrar culpa exclusiva de la víctima. Asimismo, en tanto a TBA S.A., como dueño y guardián de la cosa, le era exigible un mayor grado de diligencia que aquel que correspondía a la actora, además del deber de responder que, como principio, prescribe el art. 1113,

párr. 2º *in fine,* del Cód. Civil a que me vine refiriendo, a la primera le cabe un grado de responsabilidad sensiblemente mayor en la producción del daño, por lo que cabe revocar la decisión del *a quo* a este respecto y, en consecuencia, teniendo en cuenta la medida de la participación de cada una de las partes en la generación del daño, atribuir el cuarenta por ciento (40 %) de responsabilidad en la producción del daño originado en el accidente ferroviario a la actora, y el sesenta por ciento (60 %) restante a TBA S.A.

4.3. No enerva la solución arribada lo expresado en las declaraciones recabadas en sede penal, y cuya copia se encuentra agregada a fs. 80/84 vta., así como tampoco el resultado de los peritajes psicológicos psiquiátricos de fs. 322/338.

Aun cuando los mencionados testimonios dan cuenta de que la actora discutió con su hija momentos antes del accidente, hecho que derivó en que aquélla abandonara su domicilio advirtiendo que se tiraría debajo de un tren, ello no permite concluir la ausencia de responsabilidad de TBA S.A., puesto que sólo dan cuenta de sucesos anteriores al accidente pero que, al no haber sido acompañados con otras constancias probatorias, nada aportan acerca de las circunstancias en que ocurrió el hecho.

Por análogas razones a las apuntadas, las conclusiones de la peritación efectuada, aun cuando el perito psiquiatra señala que la actora presenta "...trastorno bipolar inespecífico" y "...tendencias a la impulsividad y falta de límites en lo referente al riesgo corporal" (fs. 338), tampoco alcanza para formar una convicción que permita afirmar que sólo medió, para el acaecimiento del hecho, responsabilidad de la víctima. No puede perderse de vista, asimismo, que el peritaje en cuestión fue realizado luego del accidente, por lo que tampoco permite formar una convicción acerca del estado de salud psíquico de la Sra. Coronel con anterioridad al accidente.

4.4. Lo dicho hasta aquí convierte en inconducentes los agravios de la recurrente relativos a la denegada inspección ocular.

En relación a la pretendida indemnización fundada en el art. 907 del Cód. Civil, cabe señalar que, en principio, y frente a la ausencia de toda manifestación al respecto por parte de la recurrente, ésta reviste el carácter de subsidiaria frente a una pretensión principal (en el caso, la indemnización que acuerda el art. 1113, párr. 2º, Cód. Civil). En tales condiciones, habiendo prosperado la pretensión principal, la peticionada con carácter subsidiario no procede.

5. La cuestión propuesta, en relación a la responsabilidad atribuida a los demandados Lacoste y Herrera, viene regida, en cambio, por el art. 1109 del Cód. Civil. Dicho precepto exige, para la imputación de responsabilidad, la presencia de culpa o dolo en el sujeto generador del hecho dañoso.

La única crítica que el recurso dirige contra la sentencia de Cámara a fin de cuestionar la falta de atribución de responsabilidad a los mencionados codemandados es aquella que apoya en el exceso de velocidad en que circularía la locomotora, planteo desestimado por el *a quo* por no haber sido oportunamente propuesto.

Lo dicho en el segundo párrafo del punto 4.1. resulta enteramente aplicable a la cuestión abordada en este punto y, en consecuencia, justifica rechazar la demanda entablada contra Lacoste y Herrera, por no haber la recurrente invocado ni demostrado, oportunamente, la culpa o dolo de aquellos.

6. Corresponde, en consecuencia, establecer la cuantía por la que prosperará la indemnización reclamada con respecto a la responsabilidad atribuida a TBA S.A., por cada uno de los rubros peticionados.

6.1. Daño psicofísico – incapacidad sobreviviente.

La actora solicitó se la indemnizara, por la pérdida permanente de sus cuatro miembros (lo que le generó una incapacidad del 100 %) con el monto de $ 460.000 y en concepto de daño psicológico requirió la suma de $ 50.000.

Por su parte, la demandada TBA S.A. solicitó que, para el supuesto de que la demanda prospere, se reduzca la suma requerida en concepto de daño físico por considerarla extremadamente elevada. En cuanto al daño psicológico, solicitó el rechazo del rubro, con fundamento en que éste se encuentra comprendido dentro del daño moral. Subsidiariamente, peticionó su reducción.

Comenzaré por repasar los daños reclamados bajo este rubro que guardan relación de causalidad adecuada con el accidente ferroviario y que se encuentran acreditados en autos:

Daño físico. A fs. 642/653 el perito médico legista Daniel Humberto Ferranti informó que a raíz del accidente ferroviario la actora fue intervenida "...quirúrgicamente realizándosele una amputación de ambos miembros inferiores inmediatamente por debajo de las rodillas", "[l]as lesiones e intervenciones quirúrgicas para amputarle el miembro inferior derecho por encima de la rodilla dejaron cicatrices dolorosas en el muñón" y que "[l]a actora padeció amputación de ambos miembros superiores a nivel del tercio medio de ambos antebrazos habiéndole realizado dos operaciones de [K]rukemberg", y agregó que "[l]a única función de la 'mano' que realiza es la pinza para levantar y mover ob[j]etos de mediano tamaño y poco peso" (fs. 651 vta.). Acerca del porcentaje de incapacidad sobreviviente, el peritaje realizado en autos arrojó como resultado que la actora "[p]resenta incapacidad laboral total y permanente de la total obrera", para lo cual utilizó la tabla de baremos perteneciente a la tabla de evaluación de las incapacidades laborales (ley nacional 24.557). Concluyó que "[e]l accidente relatado en autos fue idóneo para causar las lesiones que padeció el actor, teniendo una correlación etiológica, topográfica y cronológica" (fs. 651 vta.).

Del peritaje realizado por el médico legista Juan Carlos Crosbie a fs. 489/497, se desprende que el porcentaje de incapacidad que padece la Sra. Ramona Coronel, a raíz del accidente ferroviario que motivó este proceso, "...es de un 100 % por *incapacidad total o absoluta y permanente* con la condición agravante de requerir asistencia especializada en forma permanente por su incapacidad de ser autosuficiente en prácticamente todas las actividades que requiere una persona..." (fs. 496 vta./497).

Daño psicológico. El perito psiquiatra destacó que "[l]a entrevistada [p]resenta un diagnóstico de secuelas de un trastorno por estrés postraumático crónico con especificación de grado moderado, con una patología de base correspondiente a un trastorno bipolar inespecífico. De dichas secuelas se describen importantes síntomas de inhibición y fobias, alteraciones de la imag[en] corporal e inhibición generalizada, así como angustia que atraviesa su vida en forma total, tendencias a la impulsividad y falta de límites en lo referente al riesgo corporal, lo que se estipula como una incapacidad psíquica del 35 %" (fs. 338). Asimismo, en relación a la peritación efectuada a raíz de las actuaciones penales labradas con motivo del accidente ferroviario, informó que la conclusión a que había arribado el perito que intervino en aquella oportunidad —que se trataba de un paciente con "alto riesgo psiquiátrico"—, constituye un "dato que los hechos posteriores negaron, ya que la paciente refiere no haber ingerido su medicación (Trapax, un ansiolítico) y los informes obtenidos por quienes la trataron en el instituto de rehabilitación datan de depresión y duelo como datos de una subjetividad que debe adaptarse y no desbordes psicóticos" (fs. 373).

En virtud de ello, considero que no se encuentran razones para apartarse de la valoración que efectuó el perito psiquiatra, a partir de la cual estimó que la actora presenta una incapacidad psíquica del 35 %. Si bien da cuenta de la presencia en la Sra. Coronel de una patología de base, no concluye a partir de allí en la presencia de una incapacidad psíquica con anterioridad al acaecimiento del accidente ferroviario, y ésta no puede presumirse a fin de restar mérito a los daños psíquicos originados por el mencionado hecho, menos aún frente a la descripción de las secuelas psicológicas que en la actora dejó el accidente.

Respecto del planteo que formuló el demandado, vinculado a la improcedencia del daño psicológico como rubro a indemnizar con carácter independiente del daño moral, corresponde señalar que, más allá del rubro bajo el cual el daño sea reclamado, verificada su presencia, como en el caso, carece de relevancia, a los efectos del *quantum* a indemnizar, si el monto que por dicho concepto se otorgue debe ser sumado a un rubro o al otro, cuestión sobre la que el demandado no formula ninguna objeción conducente. Sin perjuicio de lo dicho, tampoco cabe subsumir el mencionado daño psicológico en el daño moral, pues, mientras que este último consiste en "la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria" (Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 237), el psicológico, en cambio, forma parte del daño material que el sujeto puede experimentar en su persona, dentro de la cual la salud del individuo comprende dos aspectos, a la vez, distinguibles: la psiquis y el físico. El plano de la salud de la persona que, a este respecto importa, no queda subsumido en el dolor, sufrimiento, inquietud o agravio de los que habla reconocida doctrina en la materia para identificar con el daño moral, padecimientos éstos que no requieren necesariamente la presencia de enfermedad mental o psíquica, aunque ambos puedan ir en conjunto

en algunos casos. Sentado lo que precede, considero que el daño psicológico, más allá del rótulo bajo el cual sea abordado, en tanto daño vinculado causalmente con el accidente como consecuencia inmediata de éste, debe ser indemnizado, a lo que se suma que, por afectar uno de los aspectos de la salud de las personas se encuentra más estrechamente ligado al rubro bajo estudio.

Finalmente, para establecer la procedencia de la indemnización en concepto de incapacidad aquí reclamada, resta precisar que aun cuando la actora, según expresó ella misma, no se encontraba trabajando en relación de dependencia al momento de producirse el accidente, sino que su labor consistía en ser ama de casa, la constante jurisprudencia en el fuero civil de la Nación ha coincidido en otorgar un resarcimiento en casos análogos. En este sentido, se ha señalado que "...aun cuando no se invoque el ejercicio de una actividad laboral, la lesión que ha dejado un porcentaje de incapacidad de carácter permanente debe ser debidamente compensada, puesto que la reparación ha de atender no sólo al aspecto laboral, sino también a todas las consecuencias que afecten la personalidad de la víctima, tanto desde el punto de vista individual como del social" (CNCiv., Sala H, 10/8/2001, *LL,* 2002-A, 245, y sus citas).

En tales condiciones, estimo que se encuentra adecuadamente acreditada en autos la relación de causa-efecto invocada para fundar el rubro reclamado. A fin de cuantificar el monto por el que corresponde indemnizar el concepto bajo análisis, tengo en cuenta los daños señalados por los peritajes, así como que éstos coincidieron en estimar el grado de incapacidad física sobreviniente en un 100 %, la incapacidad psicológica fue estimada en un 35 %, la edad de la víctima al momento de producirse el accidente era de 55 años, y su expectativa de vida era de 23 años aproximadamente (20 años al tiempo de efectuarse el peritaje de fs. 349). Asimismo, la ocupación de la actora era la de ama de casa (tarea que ya no podrá realizar por sí misma), y en virtud de las demás circunstancias socio-económicas de la Sra. Coronel que surgen de autos, considero adecuado acordar como indemnización por este concepto la suma de pesos trescientos treinta mil ($ 330.000). La mencionada suma coincide, asimismo, con los lineamientos que, al respecto, surgen de las estadísticas que recopila la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil publicada en la solapa "cuantificación de daños" que se encuentra en la página *www.pjn.gov.ar.* A ello deberán adicionarse los intereses desde el día en que se produjo el accidente, calculados según la tasa que se indica en el punto 6.4 de este voto, y hasta su efectivo pago.

6.2. Gastos.

Para facilitar el análisis de la procedencia y cuantificación de los reclamos incluidos dentro de este rubro, abordaré las cuestiones planteadas de la siguiente forma. En primer término analizaré los gastos relacionados con la atención personalizada que la actora alega requerir y, en segundo lugar, abordaré el examen del resto de los gastos reclamados bajo este título.

6.2.1. En cuanto a los gastos para contratar personal que la asista (la actora solicitó la contratación de servicio doméstico permanente y de dos enfermeras profesionales), la perito médica fisiatra consideró que la Sra. Coronel "*[n]o requiere* profesionales asistentes, *sí soporte personal mínimo* por familiar u empleado" (fs. 348 vta.). Por su parte, el perito médico legista, señaló que "el tipo de cuidados [que requiere la actora] es integral" y que "debe ser acompañada en forma permanente cuando no puede ser acompañada por un familiar y en forma definitiva…" y, en relación a la necesidad de contar con personal profesional que la asista, consideró que "[n]ecesita de un tercero en forma permanente y definitiva que puede ser una persona entrenada para la asistencia de discapacitados graves como la actora, siendo ideal como máximo un auxiliar de enfermería" (fs. 495 vta.).

Teniendo en cuenta que, pese a la discrepancia que surgiría de los peritajes trascriptos, ninguna de las partes ha formulado impugnaciones al respecto, considero pertinente otorgar una indemnización en función del rubro reclamado. A tal fin, sin perjuicio de lo informado por los peritos intervinientes, la situación de imposibilidad de llevar una vida autosuficiente en que ha quedado la Sra. Coronel que, incluso, llega al extremo de requerir asistencia para poder satisfacer sus necesidades básicas, impone hacer lugar a lo requerido por la actora y, en consecuencia, establecer el *quantum* de este rubro en un monto que alcance para cubrir los gastos que implicarán contar con tres empleados de servicio doméstico de primera categoría con retiro (a fin de que queden cubiertas las 24 hs que tiene el día), para que puedan asistirla permanentemente. Cabe señalar que, aun cuando la actora, en su demanda, esbozó una suma posible por dicho concepto, que calculó en $ 180.000 para servicio doméstico y $ 720.000 para profesionales de enfermería, los peritajes de que se da cuenta en este párrafo arrojaron como resultado que no requeriría profesionales de enfermería que la asistan, pero sí un acompañante permanente. En cuanto a la cuantificación, la actora sujetó dicho monto a "...lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos" (fs. 1 y 3).

La cuantificación de este rubro asciende a $ 1.366.566,47 (pesos un millón trescientos sesenta y seis mil quinientos sesenta y seis con cuarenta y siete centavos). Dicho monto obedece al resultado de la sumatoria del salario mínimo establecido para la categoría uno, con retiro (dec. ley 236/56 y ley nacional 25.239), del personal de servicio doméstico ($ 1.656,72, según resol. 1002/09 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social con más el monto que debe ser ingresado como contribución patronal de acuerdo a lo establecido en el Título XVIII de la ley nacional 25.239 —según RG 2538/AFIP/09—, es decir $ 35 por cada uno de los empleados) por la cantidad de empleados que necesita (tres), a partir de que fue dada de alta del Hospital General de Agudos "Carlos G. Durand", es decir, desde el 24/5/1999 (véase fs. 453) y durante los años estimados de expectativa de vida (20 años, computados a partir de junio de 2002, fecha esta última que responde al momento en que fue realizado el peritaje, conforme surge de fs. 349).

Asimismo, en tanto, a la fecha, se han devengado 132 cuotas mensuales (salarios) y 22 cuotas semestrales (medio aguinaldos) del total de 276 cuotas

mensuales y 46 semestrales, que, según lo dicho, debe abarcar la condena por este rubro, a las 144 cuotas mensuales y 24 semestrales restantes (no devengadas) se les han descontado los intereses calculados al 6 % anual, tasa apropiada para una suma establecida en moneda de valor, por hipótesis, constante a fin de fijar el valor actual del mencionado capital. Con mayor precisión, el monto a indemnizar por las 132 cuotas mensuales devengadas asciende a $ 669.921,12 (de acuerdo a los parámetros mencionados: salario mínimo, más las contribuciones patronales, por 132 meses ya transcurridos, por cada uno de los empleados que requiere contratar) y por las 22 semestrales, también devengadas, a $ 54.671,76 (medio aguinaldo por la cantidad de semestres transcurridos para cada uno de los empleados). Por su parte, el valor actual de la sumatoria de las 144 cuotas mensuales aun no devengadas, detraídos los intereses a una tasa del 6 % anual, asciende a $ 520.476 y de las 24 cuotas semestrales, tampoco devengadas, siguiendo el mismo procedimiento, es de $ 42.336.

Para arribar a estos últimos dos montos, se calculó el valor actual de cada una de las cuotas no devengadas a partir de la siguiente ecuación:

$$\mathrm{VAN} = \sum_{t=1}^{n} \frac{V_t}{(1+k)^t}$$

"V_t" corresponde al importe de cada cuota (salario mínimo, más las contribuciones patronales, por la cantidad de empleados, para las mensuales, y un medio salario por la cantidad de empleados, para las semestrales); "k" es la tasa de interés para el período (0,5 % en el caso de las cuotas mensuales y 3 % para las semestrales, que representa el 6 % anual de acuerdo a lo dicho *supra*); "n" denomina el número de períodos considerados y "t" el número de cuota. Determinado el valor actual de la totalidad de las cuotas, la sumatoria de éstas conduce a los mencionados montos.

Asimismo, en tanto los gastos que deberá solventar la actora como consecuencia de la necesidad de contratar empleados de servicio doméstico no se limitan a los salarios a abonar, sino que abarca también aquellos otros producidos por la relación de empleo, se ha contemplado el que se originará en la indemnización debida por la extinción de cada uno de los contratos (cuyo valor actual es de $ 14.541). Dicho valor ha sido calculado de acuerdo a lo establecido por el art. 9° del dec. ley 326/56 (medio mes por cada año trabajado), por lo que, teniendo en cuenta que requerirá tres empleados, por un período de 12 años. Ese plazo es el que surge desde la fecha de sentencia hasta la culminación de la expectativa de vida antes comentada. Utilizaré la fecha de dictado de esta sentencia como la de inicio de las relaciones laborales a indemnizar debido a que la actora no ha alegado haber realizado ninguna contratación y a partir de ese momento encontraría en condiciones de contratar el personal

de servicio doméstico.[27] Por lo demás, también debe adicionarse como costo de las contrataciones, los relativos a vacaciones pagas, licencias por enfermedad, seguro de accidentes, etc., cuyos montos precisos no es posible conocer con anticipación, y han sido calculados estimativamente en un 5 % del valor total del rubro descripto en este punto (art. 148, CCAyT).

Al monto de $ 1.366.566,47 estimado por este concepto deberán adicionarse intereses, calculados de la siguiente forma. Respecto de las 132 mensuales y 22 semestrales, deben computarse los intereses a partir de que cada una de las cuotas mensuales y semestrales, respectivamente, se devengó, a una tasa del 6 % anual hasta la fecha de la sentencia. Dicha tasa resulta apropiada para una moneda que, por hipótesis, se supone constante y frente a un salario calculado de acuerdo al mínimo vigente en la actualidad, frente a la ausencia de mayor claridad en el debate, y en virtud de las potestades que acuerda el art. 148, CCAyT. A partir del momento del dictado de la sentencia y hasta su efectivo pago, los intereses serán computados de acuerdo a la tasa establecida en el punto 6.4.

El interés establecido en punto 6.4 también será aplicado al monto resultante de la detracción de intereses *i)* de las restantes 144 cuotas mensuales, *ii)* de las 24 cuotas semestrales y *iii)* del capital que se adelantará para afrontar las respectivas indemnizaciones por extinción del vínculo, todos desde la fecha de sentencia y hasta su efectivo pago. Del mismo modo deberán ser calculados los intereses a aplicar al monto que surja del 5 % calculado en función de los restantes gastos enunciados.

6.2.2. En relación a la suma requerida para afrontar los gastos de tratamiento psiquiátrico ($ 144.000), considero que deben ser rechazados, debido a que, de acuerdo a lo informado a fs. 461, la prestación que PAMI provee a la Sra. Coronel abarca el tratamiento psicológico y psiquiátrico.

Respecto de la indemnización requerida para afrontar los gastos de tratamiento de la terapia para reeducación ($ 60.000), cabe señalar que, según lo afirmó la propia recurrente, y surge del informe de fs. 521 (que da cuenta de los traslados realizados hacia el establecimiento en cuestión), hasta el momento el tratamiento mencionado se ha desarrollado en el Instituto de rehabilitación del GCBA, a lo que se suma que la actora no produjo prueba alguna tendente a acreditar que incurrió en algún gasto para afrontar dicho tratamiento, ni la conveniencia de llevarlo adelante en el futuro

[27] El monto que en función de la normativa aplicable deberá ser abonado por la Sra. Coronel en oportunidad en que se extingan los respectivos contratos (que abarcarán, cada uno de ellos, 12 años, es decir, a los efectos de la respectiva indemnización, 12 períodos) a cada uno de los empleados que, a raíz del accidente motivo de las presentes actuaciones requiere contratar, ascenderá a $ 29.820,96 que traído a su valor actual —de acuerdo a la fórmula ya enunciada

$$VAN \quad \sum_{t=1}^{n} \frac{V_t}{(1+k)^t}$$

y teniendo en cuenta que el monto, no devengado a la fecha de sentencia, será anticipado— queda reducida a $ 14.541.

en un centro privado y cuál sería el costo que ello insumiría, por lo que también este rubro debe ser desestimado.

En cuanto al monto peticionado para afrontar los gastos de adaptación de su inmueble ($ 10.000), de la compulsa del expediente surge que la actora no produjo prueba alguna en respaldo de su petición, para lo cual pudo haber presentado, verbigracia, los pertinentes presupuestos. Sin perjuicio de lo dicho, no habré de rechazar totalmente el rubro, sino reducirlo prudencialmente, puesto que, dadas las condiciones físicas en que se encuentra la actora a raíz del accidente —lo que determina que, al menos, deba realizar adaptaciones en todas las aberturas de acceso que contenga su vivienda, pues debe movilizarse en silla de ruedas con carácter permanente—, necesariamente ésta requerirá de efectuar algunas refacciones en su hogar para desenvolver su actividad cotidiana, para lo cual estimo adecuado el monto de $ 5.000 (art. 148, CCAyT), más intereses desde el día en que se produjo el accidente, calculados según la tasa que se indica en el punto 6.4 de este voto, y hasta su efectivo pago.

Los gastos de traslado, según lo informado por PAMI a fs. 521, han sido cubiertos por dicha institución (150 traslados desde su domicilio al Instituto de Rehabilitación del GCBA, y 5 traslados para pruebas de elementos ortopédicos) al menos hasta el 15/10/2002 (fecha del informe), la actora no acreditó haber incurrido en gastos que excedan los indicados en el mencionado informe, en el cual, asimismo, se consigna que "[e]n el caso de interconsultas con los servicios médicos que corresponden a rehabilitación específicamente [...] los traslados quedan a cargo de su UGP, siendo solicitados por médico de cabecera" (fs. 521). A lo dicho, se suma que la actora sólo reclamó los gastos que demanden los traslados a terapia y consultas médicas por lo que corresponde desestimar el pedido a este respecto.

Respecto del monto reclamado para afrontar intervenciones quirúrgicas, prótesis, asistencia médica de curación y de farmacia debe realizarse la siguiente diferenciación. En cuanto a las intervenciones quirúrgicas, estas han sido realizadas en hospitales públicos (véase fs. 348, punto h) y la actora no demostró haber erogado suma alguna por dicho concepto ni explica tampoco por qué razón no sería suficiente, en relación a este rubro, la cobertura que le asigna PAMI.

Asiste razón a la actora en cuanto reclama se la indemnice por los gastos en que deberá incurrir para afrontar el costo de las prótesis que requerirá para palear su incapacidad. Del dictamen de fs. 343/352, surge que el costo de aquellas que necesita la actora (dos de bajo rodilla y una de bajo codo), que deberá proveerse por sí misma, es de pesos treinta y cuatro mil setecientos noventa y nueve ($ 34.799) —suma equivalente a los ocho mil novecientos dólares allí mencionados, que deberá actualizarse según el tipo de cambio vendedor del día en que se haga efectivo el pago, más intereses desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago, calculados a la tasa indicada en el punto 6.4.

En relación a la silla de ruedas, PAMI informó de la provisión de una a la actora, sin que esta explique por qué no resultaría acorde o requeriría ser suplantada

por otra; los gastos médicos de curación, en principio, y frente a la falta de prueba en contrario, serían cubiertos también por las prestaciones que le asigna PAMI; en cuanto a los gastos de farmacia, tampoco se encuentran acreditados, ni la actora invoca requerir medicamento alguno.

6.3. Daño moral.

En concepto de daño moral, la actora reclamó la suma de $ 35.000, monto que la demandada consideró excesivo.

Teniendo en cuenta las particularidades del caso, desarrolladas extensamente en todos los puntos precedentes, y específicamente los padecimientos sufridos por la actora a raíz del suceso, considero adecuado el monto reclamado por daño moral, por lo que el mencionado rubro debe ser indemnizado con la suma de pesos treinta y cinco mil ($ 35.000), más intereses desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago, calculados a la tasa indicada en el punto siguiente.

6.4. En consecuencia, los daños a indemnizar por TBA S.A., cuantificados a la fecha, ascienden a la suma de pesos un millón sesenta y dos mil ochocientos diecinueve con veintiocho centavos ($ 1.062.819,28), Ello, sin perjuicio de lo que corresponda una vez realizado el cálculo del valor en moneda de curso legal de las prótesis reclamadas, al momento en que se haga efectivo el pago, conforme lo explicado en el sexto párrafo del punto 6.2.2. Todo ello, más los intereses calculados a partir del momento indicado para cada uno de los rubros detallados *supra* a la tasa pasiva promedio publicada por el BCRA (CSJN *in re* "Cohen, Eliazar c/Río Negro, provincia de y otros s/daños y perjuicios", sentencia del 30/5/2006).

7. En relación con la alegada responsabilidad del GCBA por la actuación que le cupo al SAME, cabe señalar que, más allá de cuál es el encuadre jurídico bajo el cual correspondería subsumir la cuestión a fin de determinar el factor de atribución de la responsabilidad que se alega —encuadrada genéricamente por el *a quo* bajo las previsiones del art. 1113, segundo párrafo del Cód. Civil—, la recurrente no introdujo ningún agravio conducente para conmover a este respecto la resolución cuestionada, puesto que no muestra que la imputada tardanza de la mencionada repartición en socorrerla le haya generado algún daño.

La verificación del daño constituye un requisito ineludible para la procedencia de una pretensión indemnizatoria (art. 1067, Cód. Civil) que, justamente, busca resarcir el gravamen que aquel originó. A la luz de la consideración que precede, no basta con la mera manifestación de que "...el SAME tardó 45 minutos tiempo suficiente para poner en riesgo mi vida..." y que "...lo que agrava la situación es que si se hubieran tomado los recaudos al menos uno de mis cuatro miembros se podían haber salvado de ser amputados..." (fs. 829 vta.). En cambio, no fue producida en el expediente prueba alguna tendente a demostrar que la alegada demora hubiere redundado en un perjuicio cierto para la Sra. Coronel, razón suficiente para confirmar el rechazo de esta pretensión.

Sin perjuicio de que, como se señaló, lo dicho basta para desechar los planteos de la actora vinculados al hecho abordado en este punto, a mayor abundamiento,

corresponde agregar que tampoco podría prosperar el agravio destinado a rebatir el horario en que aconteció el accidente ferroviario, en cuya función pretende la actora demostrar que efectivamente existió una demora injustificada del SAME en asistirla. En primer lugar, no logra desvirtuar lo dicho por el *a quo* en cuanto a que pretende modificar el relato de los hechos efectuado en su demanda (ocasión en la que sostuvo que el accidente ocurrió a las 22:52 hs aproximadamente, v. fs. 1 vta.). A ello se suma que del informe producido por el SAME a fs. 409 se desprende que aquel día, a las 22:57 hs ingresó a la Central de Comunicaciones de aquella dependencia un "...pedido de auxiliio médico para Ferrocarril Sarmiento —Estación Caballito— Cucha Cucha y Vías Ascendentes [...] la ambulancia *llegó al lugar a las 23.03 hs,* finalizando el auxilio *a las 23.20 hs* con traslado de paciente al Hospital General de Agudos 'Carlos Durand'", es decir que, según dicho informe, la demora en auxiliarla fue de sólo 6 minutos.

En cuanto al agravio relativo a la falta de consideración del testimonio de la Sra. Martínez, quien relató que el accidente se habría producido a las 21:30 hs, por lo dicho en los párrafos que preceden, tampoco resulta idóneo para conmover la resolución cuestionada.

8. En virtud de las consideraciones que preceden, corresponde:

Hacer lugar parcialmente al recurso ordinario deducido por la parte actora; revocar la sentencia de Cámara en cuanto, al confirmar la decisión de primera instancia, rechazó la demanda por daños y perjuicios entablada por la Sra. Coronel contra TBA S.A. y, en consecuencia, condenar a TBA S.A. a pagar a la actora la suma de pesos un millón sesenta y dos mil ochocientos diecinueve con veintiocho centavos ($ 1.062.819,28). Ello, sin perjuicio de lo que corresponda una vez realizado el cálculo del valor en moneda de curso legal de las prótesis reclamadas, al momento en que se haga efectivo el pago, conforme lo explicado en el sexto párrafo del punto 6.2.2. Todo ello, más los intereses calculados del modo establecido en el punto 6.4.

Por lo expuesto en los puntos 5 y 7, confirmar la sentencia de Cámara en cuanto confirmó el rechazo de la demanda contra el GCBA y los Sres. Pedro Pablo Lacoste y Juan Carlos Herrera.

Imponer las costas en el orden causado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso ordinario de apelación de la actora ha sido interpuesto en legal tiempo y forma, y fue correctamente concedido por la Cámara.

El art. 26 inc. 6° de la ley 7 (texto conforme al art. 2°, ley 189) dispone que el TSJBA 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)...". Por su parte,

el art. 38 de la ley 402 establece que en el recurso ordinario de apelación "...el/ la apelante debe acreditar el cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 26 inc. 6°) de la ley 7 modificado por el art. 2° de la ley 189...".

De dicha normativa y la jurisprudencia de este Tribunal (a partir del fallo recaído en "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.) se desprende que las condiciones de admisibilidad del recurso ordinario de apelación son las siguientes:

a) que la Ciudad sea parte;

b) que el valor disputado sea superior a $ 700.000; y

c) que el recurso se dirija contra una sentencia definitiva.

En este caso, la Ciudad es parte, la sentencia que se recurre es definitiva, y el monto disputado en último término es sustancialmente mayor al requerido por las normas citadas.

El valor disputado no equivale necesariamente al monto reclamado en la demanda, sino la suma por la que el recurrente pretende modificar el fallo apelado, es decir el monto del agravio (*Fallos,* 250:594; 258:13; 276:362; 310:631; 319:167, entre muchos otros), sin tener en cuenta los accesorios. Y la recurrente acude a esta instancia para modificar la sentencia de Cámara que confirmó la de primera instancia, que había rechazado totalmente la pretensión indemnizatoria, que asciende a la suma de dos millones de pesos —$ 2.000.000— (véase fs. 1, apart. I).

Por lo tanto, atento haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 26 inc. 6° de la ley 7, el recurso de apelación ordinario interpuesto por la parte actora es formalmente procedente.

2. Para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que se reúnan los siguientes presupuestos:

a) antijuridicidad o ilicitud, consistente en la violación del ordenamiento jurídico, entendiendo por ello no solo la infracción a deberes impuestos por la ley —en sentido amplio— sino también por la voluntad de las partes;

b) la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual;

c) relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho —acto u omisión— que lo provocó;

d) factor subjetivo —culpa o dolo— u objetivo —sin reproche moral al autor de la conducta— de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto.

Vemos, entonces, que la relación de causalidad es imprescindible para atribuirle la responsabilidad a un sujeto determinado, ya que no es suficiente la existencia de ilicitud, daño y factor de atribución.

La determinación, en un caso concreto, de cuáles fueron las causas eficientes del resultado dañoso, suele ser una tarea difícil, ya que los hechos son fenómenos

complejos por la concurrencia o concatenación de distintas circunstancias que actúan como condición del resultado. Sin embargo, no todas las condiciones —negativas y positivas— que contribuyeron a la producción de un resultado pueden generar responsabilidad civil en su autor.

Para determinar, en el ámbito de la responsabilidad civil, a qué causas atribuirles el resultado dañoso, se han elaborado distintas teorías. Nuestro Código Civil adopta una de ellas: la teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa sería aquella que según el "curso natural y ordinario de las cosas" es idónea para producir el resultado (doctrina art. 901, Cód. Civil).

En consecuencia, para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir considerar si el acto u omisión del presunto responsable era idóneo para producir regular o normalmente ese resultado; y ese juicio de previsibilidad debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en *abstracto,* hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión (Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 7ª ed. ampl. y puesta al día, nº 591/592, p. 252, Abeledo-Perrot, Buenos Aires).

A su vez, el nexo causal puede ser interrumpido cuando el daño es resultado de una causa ajena, es decir extraña al hecho del demandado, lo que lo exonera total o parcialmente de la responsabilidad civil. Ese acontecimiento puede ser un hecho de la víctima o acreedor, el hecho de un tercero, o bien un caso fortuito o fuerza mayor.

Podemos afirmar que existe un hecho imputable a la víctima cuando actúa con negligencia, descuido, imprudencia o impericia respecto de su persona, exponiéndose al peligro de sufrir un daño. Cuando este factor constituye la causa exclusiva del perjuicio, exime de responsabilidad civil a los terceros, en virtud de lo dispuesto en el art. 1111, Cód. Civil. Y

3. Sentado lo expuesto, corresponde determinar *cuándo, dónde, cómo y por qué habría ocurrido el siniestro,* de acuerdo a los hechos reconocidos por ambas partes en sus escritos constitutivos y a los probados en la causa, para luego determinar si el daño fue producido por un hecho imputable exclusivamente a la actora —como han considerado los jueces de mérito— o bien existe responsabilidad total o parcial de alguno o todos los codemandados.

3.1. En primer lugar, no existen dudas acerca de cuál fue el lugar del hecho —km 4 palo 0 del trazado de la ex línea Sarmiento— y el horario aproximado —22:52 hs—. Se trata de un hecho no controvertido, ya que las partes coincidieron en afirmarlo en sus escritos constitutivos.

La actora, en su demanda, sostuvo que "...siendo las 22:52 hs aproximadamente de aquel 22 de abril de 1999, la actora fue violentamente embestida en la locomotora sola n° 657 que circulaba (...) en dirección Capital-Provincia (...) a la altura del km 4 palo 0..." (fs. 1 vta.).

Por su parte, los demandados Trenes de Buenos Aires S.A., Juan Carlos Herrera y Pedro Pablo Lacoste, en su contestación de demanda, afirmaron que

"...La locomotora n° 657 circulaba en sentido Capital a Provincia, conducida por Juan Carlos Herrera como conductor y Pedro Pablo Lacoste como preconductor. Al llegar a la altura del km 4, palo 0, Lacoste vio como la actora surgía de la oscuridad y se arrojaba boca abajo sobre los rieles..." (fs. 171). Y en sus declaraciones prestadas en sede penal, Herrera y Lacoste coincidieron en afirmar que el hecho ocurrió aproximadamente a las 22:52 hs (fs. 29/30 de la causa penal).

Atento su carácter de hecho admitido o no controvertido, resulta innecesaria la producción de prueba al respecto. Sin embargo, para corroborar la veracidad del dato, podemos citar la declaración testimonial de Oscar Fernando Linera, quien fue el oficial de la Policía Federal que se hizo presente en el lugar del hecho inmediatamente luego de ocurrido. El testigo relata que el día del siniestro se encontraba prestando servicio de policía adicional en la estación Caballito del ex-Ferrocarril Sarmiento, cuando fue alertado sobre la ocurrencia de un accidente en la intersección de las vías del tren y la calle Martín de Gainza. Se trasladó hacia ese sitio y comprobó "...que no era el lugar indicado, sino era a altura del *kilometro 4, palo 0,* es decir unos 100 metros más adelante, donde no se halla paso peatonal alguno...", donde encontró a la actora herida, acostada sobre las vías (fs. 1 vta. de la causa penal).

3.2. El sitio en el que se produjo el siniestro es un lugar alejado del paso peatonal más cercano, al cual únicamente puede accederse caminando por las vías.

El informe producido por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) a fs. 393/407 asevera que el "...el paso a nivel peatonal más cercano a km 4, se encuentran en km 3,891 paso a nivel peatonal con campana de alarma, en intersección con calle Martín de Gainza..." (fs. 406). Un simple cálculo de las distancias arroja como dato que el lugar del siniestro está localizado a una distancia de poco más de 100 m respecto del paso peatonal de la calle Martín de Gainza, lo cual, además, se puede observar con claridad en el plano obrante a fs. 395.

Las declaraciones del oficial de policía Linera, a las que aludiera en el punto anterior, también son coincidentes, al sostener que encontró a la actora herida "...100 metros más adelante..." (fs. 1 vta.) del paso peatonal de la calle Martín de Gainza.

En el acta de constatación notarial realizada el 29/5/2001, acompañada como prueba documental por los codemandados Trenes de Buenos Aires S.A., Lacoste y Herrera (fs. 163/166), la escribana Mariela P. Garbulsky certificó que respecto del lugar del siniestro (km 4 palo 0) "...el paso peatonal más próximo es el de la calle Martín de Gainza, que se encuentra a unos 150 m aproximadamente..." (fs. 163 vta.).

Y por último, las fotografías del lugar del hecho, obrantes a fs. 10/13 de la causa penal, permiten afirmar que era una zona exclusiva de vías, sin que se advierta la existencia de ningún paso peatonal.

3.3. Las manifestaciones de la actora en su escrito de demanda y en la declaración testimonial prestada en la causa penal, y los testimonios vertidos en las

actuaciones penales por el conductor de la locomotora y su ayudante, relatan cómo habría ocurrido al accidente.

La accionante afirma que el 22 de abril de 1999, en horas de la noche, luego de caminar sin rumbo fijo, comenzó a charlar con una mujer y sin darse cuenta subió al andén de una estación ferroviaria, desconociendo qué estación y qué línea ferroviaria. Como le tenía mucho miedo a los trenes, le pidió a la mujer que la hiciera salir del lugar, y así ambas caminaron hasta bajar por una escalera de cemento, después caminaron por un caminito con yuyos, y allí la mujer la invitó a que se sentara en un sobresaliente de una pared cercana a las vías. Ello la habría puesto muy nerviosa, por lo que se incorporó con la intención de retirarse del lugar, miró hacia delante y vio luces, luego miró hacia atrás y vio una sola luz potente, en ese momento la mujer que la acompañaba le dijo "ven" y luego sintió un fuerte golpe, producto de la embestida de la locomotora, perdiendo el conocimiento (fs. 1 y vta. del escrito de demanda, y fs. 17/18 de su declaración testimonial obrante en la causa penal).

El presente relato, más allá de su veracidad o no, implica el reconocimiento, por parte de la actora, que arribó caminando voluntariamente al lugar del siniestro por las vías del tren, presumiblemente desde una estación ferroviaria, y que no se encontraba atravesando un paso peatonal.

Por su parte, Pedro Pablo Lacoste, preconductor operativo de la locomotora embistente, declaró en la causa penal que el día del siniestro el tren marchaba en dirección Capital-Provincia cuando advirtió que a la altura del km 4 palo 0 una persona "...salía por entre un paredón aparentemente de una finca lindera a las vías férreas, a unos 40 m de un paso peatonal, quien se arrojó boca abajo a paso del convoy a unos diez metros de distancia, avisando de inmediato del hecho al conductor, quien accionara en forma inmediata el freno de emergencia, comenzando a tocar bocina, lo logrando evitar el accidente..." (fs. 30 vta. de la causa penal). Juan Carlos Herrera, conductor de la máquina, si bien no pudo observar a la persona en virtud del ángulo visual de los hechos, corrobora que el Sr. Lacoste le dio aviso de su aparición y que procedió a accionar inmediatamente el freno de emergencia y tocar bocina, sin poder evitar el accidente (fs. 29 vta. de la causa penal).

Si bien estas declaraciones discrepan con la actora al aducir que se arrojó boca abajo, mientras que la accionante manifestó que se interpuso sin intención en el camino de la locomotora, ambos coinciden en sostener que habría arribado al lugar en accidente caminando en forma voluntaria.

3.4. De las declaraciones del conductor del tren y su ayudante, se desprende que el tren circulaba con luz de poder y posición encendidas (fs. 29 y 30 de la causa penal).

Y también lo reconoce la propia actora en su escrito de demanda, en el que sostiene que en el momento previo al siniestro, "...mira hacia delante y ve luces, luego mira hacia atrás y ve una sola luz potente, aquí la mujer que la acompañaba le dice 'Ven' y luego siente un fuerte golpe perdiendo el conocimiento..." (fs. 1 y vta.).

3.5. Existen distintas probanzas que acreditan la ocurrencia de anteriores intentos de suicidio, habituales manifestaciones suicidas, y la existencia de problemas psiquiátricos en la actora que podrían haber incidido en el acaecimiento del siniestro.

A fs. 23/27 de la causa penal figuran las declaraciones testimoniales del esposo (Andrés Mario Gutiérrez), la hija de la actora (María Florencia Gutiérrez) y el novio de esta última (Marcelo Jorge Dieppa). Los testimonios son contestes en relatar que el día del siniestro se encontraban los tres cenando en la casa de la actora, quien se encontraba acostada en su habitación. En un momento determinado, María Florencia Gutiérrez se dirigió al dormitorio de la actora para ver cómo estaba, y discutió con su madre, quien se levantó de la cama y la empujó, por lo que optó por retirarse de la habitación. Momentos después la actora apareció en el comedor y le manifestó a su hija en voz alta, delante de su padre y su novio, que "ahora me voy a ir a tirar debajo de un tren y te voy a decir dónde voy a ir", luego de lo cual fue al baño, se peinó y se retiró del domicilio.

Asimismo, María Florencia y Andrés Mario Gutiérrez declararon que años atrás la actora sufrió una intoxicación debido a que había ingerido cinco tranquilizantes juntos, de la que se recuperó sin necesidad de internación hospitalaria, y luego de eso en dos o tres ocasiones tomó medicamentos en forma excesiva y todos juntos, debiendo ser remitida en forma urgente a hospitales, donde le realizaban lavajes de estómago; y que aproximadamente un año y medio antes del siniestro de autos la accionante intentó cortarse las venas con un "cúter", siendo trasladada al Hospital Durand donde le realizaron las curaciones pertinentes (fs. 23/24 y 25/26 de la causa penal).

En cuanto al testimonio de la hija y cónyuge de la actora, vale destacar que el art. 333 CCAyT permite la declaración del cónyuge y los parientes consanguíneos o afines en línea directa de las partes, a diferencia del art. 427 CPCCN que lo prohíbe.

A su vez, la historia médica confeccionada en el Hospital Durand (fs. 285/316), donde la actora fue tratada por las lesiones producidas por el accidente, presenta distintas aseveraciones sobre el estado psicológico de la paciente, por parte de la médica psiquiatra Dra. Gloria Tabachnik. Así se constató que "...se realiza entrevista a su hija de 24 años y su esposo de 57 años quienes refieren que ha habido varios intentos de suicidio previos especialmente con psicofármacos (...) paciente con características de personalidad límite ha mantenido relaciones sumamente conflictivas con su entorno a quienes extorsionaba desde siempre con quitarse la vida como mecanismo de control habitual..." (fs. 292 vta.), que "...niega el intento de suicidio (...) parecen estar operando importantes mecanismos de disociación..." (fs. 294 vta.), que "...se infiere como hipótesis que el comprometido episodio negado por la paciente podría haberse tratado de un brote psicótico..." (fs. 301, informe también suscripto por la psicóloga Lic. M. Cristina Donghi), y que la actora "...no reconoce su intención suicida actual (...) registra varios episodios de intentos previos con ingresos por guardia en este hospital y generalmente con excesivas dosis de

psicofármacos. Ha tenido continuamente conductas extorsivas en este sentido con sus familiares (amenazas de suicidio) (...) se interpreta el episodio como de características psicóticas (...) se trata de una paciente con importante riesgo potencial suicida y características manipulativas...” (fs. 305 y vta.).

El informe médico-legal confeccionado el 29/4/1999 por la Dra. Mónica Singallo, obrante a fs. 45 de la causa penal, asevera que “...se realiza interconsulta con psiquiatría se informa anteriores tentativas de suicidio...”.

Por su parte, el dictamen psiquiátrico del cuerpo médico forense obrante a fs. 56/57 de la causa penal, fechado el 3/5/1999 y elaborado por los Dres. Néstor Pedro Pontón y Juan Carlos F. De Arizabalo, luego de entrevistar a la accionante concluye que “*1°*. Ramona Dominga Coronel de Gutiérrez, es una enferma mental, reviste la forma clínica de: ‘Intento de suicidio en una depresiva mayor’.// *2°*. Debe permanecer internada para su mayor protección y adecuado tratamiento.// *3°*. Su estado actual puede encuadrarse dentro de las previsiones del art. 152 bis del Cód. Civil.// *4°*. Debe permanecer internada en Traumatología con permanente control psiquiátrico”.

Y por último, la pericia psiquiátrica practicada en autos (fs. 322/338) concluye que la actora “...presenta un diagnóstico de secuelas de un trastorno por estrés postraumático crónico con especificación de grado moderado, *con una patología de base correspondiente a un trastorno bipolar inespecífico.* De dichas secuelas se describen importantes síntomas de inhibición y fobias, alteraciones de la Imago corporal a inhibición generalizada, así como angustia que atraviesa su vida en forma total, *tendencia a la impulsividad y falta de límites en lo referente al riesgo corporal...”* (fs. 338, lo destacado es propio).

4. Una interpretación razonada de los hechos acreditados en la causa, conforme el sistema de la sana crítica, me permito formar convicción respecto de la existencia de un *hecho de la actora,* que se transformó en la causa exclusiva del resultado dañoso cuya reparación se persigue en autos.

4.1. El Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado por dec. 90.425 del 12/9/1936 y actualizado al 31/12/1995 (publicado en *http://www.cnrt.gov.ar/estructu/ley2873/Reglamento.htm*), establece en su art. 414 que “Está prohibido transitar por la vía y en las estaciones deberá limitarse el tránsito al lugar destinado a los pasajeros; los contraventores serán penados con una multa conforme al importe que fije la autoridad competente, o en su defecto, con arresto de uno (1) a ocho (8) días.// Esta disposición no regirá para los empleados públicos en el desempeño de sus funciones” (véase transcripción realizada por la CNRT en un informe, a fs. 407 apart. X).

Asimismo, esta prohibición no solo encuentra fundamento en los expresos términos de la norma citada, sino también en el sentido común y en las pautas socialmente aceptadas, ya que no existe controversia respecto de que transitar las vías expone a un riesgo potencialmente mortal.

Este elemental recaudo de precaución fue violado por la actora, quien al producirse el hecho, en forma claramente imprudente, estaba transitando una zona de vías, alejada de los pasos peatonales específicamente habilitados.

Para acceder a la zona de vías, según el propio relato de la actora efectuado en la demanda, debió bajar por una escalera de cemento; es decir, debió vencer un obstáculo, lo que permite descartar que haya ingresado a las vías sin percatarse de ello. Es decir, fue un acto deliberado ingresar a esa zona.

Tampoco existe discrepancia en cuanto a que la actora se interpuso en el camino de la locomotora, que circulaba con las luces prendidas, y fue embestida por ella. Así lo reconoce la propia actora, y lo afirma el preconductor operativo de la locomotora (Sr. Lacoste).

4.2. Por lo tanto, la única discrepancia en cuanto a los hechos versa sobre si la actora intentó suicidarse, o se vio involucrada en un accidente. Pero los hechos obrantes en la causa permiten presumir que se habría tratado de un *intento de suicidio.*

Pretender que los demandados prueben acabadamente la intención suicida de la actora en el hecho de autos, ante la negativa de la misma, implicaría exigirle una *prueba diabólica o de imposible cumplimiento.* Y es que la única persona que puede aseverar lo que realmente ocurrió en su fuero interno, cuál fue su verdadera intención, es la propia actora.

En este tipo de casos, cobra vital importancia la *prueba de presunciones o indiciaria* que, conforme el art. 145, CCAyT, implica la existencia de distintos indicios que, por su número, precisión, gravedad y concordancia, permitan formar convicción en cuanto a la existencia de un hecho controvertido (en el caso, la intención suicida de la actora). De tal manera, el magistrado podrá desarrollar un razonamiento lógico que le permita deducir con cierta certeza, a partir de determinados hechos acreditados en la causa (indicios), la existencia del hecho que se intenta probar.

En este caso, existen indicios varios y concordantes que permiten formar convicción respecto de la existencia de una intención suicida, que están puntualizados en el apart. 3.5 de este voto.

Allí se corroboró que la actora había tenido previos intentos de suicidio, que presenta un trastorno bipolar con tendencia a la impulsividad y falta de límites en lo referente al riesgo corporal, y que en los momentos previos al siniestro había tenido una discusión familiar luego de lo cual se retiró del domicilio amenazando con quitarse la vida tirándose debajo de un tren. Asimismo, los psiquiatras que la entrevistaron en el Hospital Durand, mientras se encontraba internada recuperándose de las lesiones sufridas, consideraron que había existido un intento de suicidio, y que dicho episodio podría haber constituido un brote psicótico (véanse informes psicopatológicos agregados a la historia clínica del Hospital Durand —en particular, fs. 292 vta., 294 vta., 301, 305 y vta.—, y dictamen psiquiátrico cuerpo médico forense obrante a fs. 56/57 de la causa penal).

Asimismo, el Sr. Lacoste, en su declaración testimonial obrante a fs. 30 de la causa penal, manifestó que la actora se arrojó boca abajo ante el paso de la locomotora, actitud más coherente con un intento de suicidio que con un accidente.

Además, resulta de interés destacar que la actora, al momento del siniestro, vivía en un edificio de la calle Luis María Drago 123, piso 2°, depto. "D" (véase fs. 17 de la causa penal). Constituye un hecho notorio que ese domicilio se encuentra a bastantes cuadras del lugar del siniestro; de tal manera, podemos describir la siguiente secuencia de los hechos: la actora tuvo una discusión familiar, amenazó con tirarse debajo de un tren y caminó varias cuadras hacia el trazado ferroviario de la línea ex Sarmiento, donde ocurrió el hecho. Podría haber caminado hacia cualquier otro lado, podría haber caminado con dirección hacia ese lado y luego desviado, pero no fue así.

4.3. Sin embargo, aun cuando consideráramos que el siniestro de autos no fue un intento de suicidio sino un accidente, ello no tiene ninguna entidad para refutar la conclusión a la que arribaron los jueces de mérito: que el siniestro ocurrió como consecuencia de un hecho atribuible exclusivamente a la actora.

Y es que aun cuando no se haya arrojado ante el paso de la locomotora para quitarse la vida, lo cierto es que existió una imprudencia total por parte de la actora, quien *i)* estaba en un lugar en el que no podía transitar —zona de vías—, *ii)* habría evidenciado una distracción absoluta al no advertir que una locomotora con las luces prendidas se acercaba, y *iii)* en forma totalmente negligente se interpuso ante el paso de la locomotora.

El propio relato de la actora demuestra confusión e incoherencia. Afirma que empezó a caminar sin rumbo fijo y que de golpe, sin darse cuenta, apareció en una estación ferroviaria, de la que aparentemente quiso salir hacia una calle o avenida pero terminó caminando por las vías del tren, siguiendo a una mujer que no conocía.

Esta forma de actuar resulta coherente con la personalidad descripta por el perito psiquiatra de autos, según el cual la actora presenta una tendencia a la impulsividad y falta de límites en lo referente al riesgo corporal (fs. 338).

Descuido, imprudencia, negligencia, confusión, son todos calificativos que pueden adjudicarse a la conducta de la actora, y que en forma exclusiva desencadenaron el siniestro, haya existido o no un intento de suicidio y haya estado o no en pleno uso de sus facultades mentales.

5. Corresponde ahora analizar los *agravios* planteados por la actora en su recurso de apelación ordinario (fs. 820/834). Allí, la actora sostiene sustancialmente que la Cámara omitió considerar los siguientes elementos esenciales para la justa resolución de la litis:

a) según las pruebas obrantes en la causa, el hecho dañoso ocurrió sobre el paso peatonal de la calle Martín de Gainza, y que fue arrastrada unos 40 m;

b) la inexistencia de señales indicativas para el público en general que advirtieran sobre la prohibición de ingreso y circulación en la zona de

vías, que no exista vallado ni cerco perimetral de alambre que impida el acceso, ni personal de vigilancia;

c) el maquinista de la locomotora reconoció, en la causa penal, que circulaba a 50 km/h, excediendo por 20 km/h la velocidad máxima permitida;

d) el juez de primera instancia debió haber realizado una inspección ocular para formar convicción a la hora de dictar sentencia;

e) de la declaración de la testigo Marta Edith Martínez, surgiría que el accidente ocurrió aproximadamente a las 21:30 hs y no a las 22:52 hs, como declaran Lacoste y Herrera en la causa penal, testimonios que carecen de objetividad e imparcialidad atento ser demandados en estas actuaciones;

f) de la historia clínica del Hospital Durand surge que el SAME tardó 45 minutos en atenderla, tiempo suficiente para poner en riesgo su vida.

5.1. En cuanto al agravio relativo al *lugar del accidente,* coincido con lo dicho por la Cámara, en cuanto a que la actora pretende modificar la plataforma fáctica presentada por ella misma en la demanda, lo que impide su consideración y tratamiento en virtud del principio de congruencia, y porque lo contrario implicaría afectar gravemente el derecho de defensa de los demandados, quien han realizado su defensa teniendo en cuenta los hechos mencionados por la actora en su demanda.

Y aunque resulta innecesario, cabe destacar que las pruebas obrantes en autos contradicen lo manifestado por la actora. Conforme lo expuesto en los puntos 3.1 y 3.2 de este voto, tanto el maquinista (Sr. Herrera) como su ayudante (Sr. Lacoste), el oficial de policía que arribó al lugar de los hechos (oficial Linera), coincidieron en señalar que el accidente ocurrió en el km 4 palo 0, que está situado a poco más de 100 m del cruce de la calle Martín de Gainza (conf. informe de la CNRT y acta de constatación de la escribana Garbulsky).

El único elemento en que se basa la actora para fundamentar su aseveración, son las declaraciones de Herrera y Lacoste, según los cuales el evento ocurrió a unos 40 m del paso peatonal de Martín de Gainza. Pero ello constituye un error de cálculo menor, ya que en dichas declaraciones indican claramente que el siniestro ocurrió en el km 4 palo 0, que de acuerdo a los restantes elementos probatorios reseñados precedentemente, se encuentra a más de 100 m del cruce citado.

Y por último, que haya ocurrido el siniestro a 40 m o a más de 100 m del paso de la calle Martín de Gainza, ello resulta intrascendente para refutar que el siniestro ocurrió a raíz de un hecho imputable exclusivamente a la actora, ya que según el relato por ella efectuada en la demanda y la causa penal —que, por otra parte, no fue negado por la accionante ni en la apelación contra la sentencia de primera instancia ni en el presente recurso— arribó al lugar donde fue embestida por el tren caminando por un sendero de yuyos desde una estación ferroviaria, y no cruzando el paso peatonal mencionado.

5.2. Respecto de la *ausencia de señales indicativas de la prohibición de acceso y circulación a la zona de vías, de cerco perimetral y personal de vigilancia,* cabe realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, como lo sostiene la Comisión Nacional de Regulación del Transporte en su informe, "...Naturalmente resulta imposible colocar defensas que impidan totalmente el acceso de peatones a la zona de vías, dado que debe quedar el espacio necesario para la circulación de trenes. Quien en un acto consciente, desde un paso a nivel, decida aceder a las vías para transitar, nada puede impedírselo..." (fs. 406).

Efectivamente, quien cruza un paso peatonal a nivel, debe hacerlo a caminando a través de las vías del tren, es imposible que se impida el acceso a esa zona justamente porque el cruce es a través de las vías. Distinto es el caso de un túnel o un puente, ahí se evita cruzar a través de las vías, ya que existe un paso subterráneo o aéreo ajeno a las mismas, pero mientras existan pasos peatonales a nivel, ineludiblemente los peatones podrán acceder fácilmente a la zona de vías.

Por lo tanto, ante la imposibilidad de impedir totalmente el acceso de los peatones a dicha zona, la normativa aplicable establece que deben adoptarse los recaudos para que el ingreso a la zona de operaciones del ferrocarril sea un acto consciente (art. 8.4.1 de la resol. SETOP n° 7 del 12/1/1981, que establece las normas para los cruces entre caminos y vías férreas). Y del relato efectuado por la actora en su demanda, no se desprende en ninguna parte que su ingreso a la zona de vías haya sido efectuado en forma "inconsciente" o "involuntaria".

Por el contrario, como fue detallado anteriormente, según el relato efectuado en su demanda accedió a la zona de vías luego de bajar por una escalera de cemento de una estación ferroviaria y caminar por un caminito de yuyos. Es decir, tuvo que superar un obstáculo (escalera) para hacerlo, lo que alude a un acto deliberado.

Como atinadamente destaca la Cámara en su sentencia, al fundamentar la apelación contra la sentencia de primera instancia la actora modificó la plataforma fáctica presentada por ella misma en su demanda, y sostiene que el siniestro ocurrió en el paso peatonal de la calle Martín de Gainza. Si bien esta modificación resulta tardía y no puede ser considerada por los jueces, en virtud del principio de congruencia —como he dicho precedentemente—, aun cuando se eludiera este escollo procesal de base constitucional lo cierto es que la actora de ninguna manera probó que el paso de la calle de Martín de Gainza presente vicios y ausencia de los recaudos exigidos por la normativa aplicable, y que ello impidió que el ingreso a la zona de vías sea un acto consciente.

La ausencia de los recaudos de seguridad exigibles a Trenes de Buenos Aires por las normas pertinentes en la zona del accidente, no ha sido acreditada por ningún elemento probatorio. La actora estaba en condiciones de hacerlo, ofreciendo como prueba la producción de una pericia que examine esos recaudos, o al menos una constatación notarial o testimonios que puedan esclarecer este aspecto. Pero no lo hizo.

Obra en autos un acta de inspección realizada por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte con fecha 3/6/2002 (fs. 405), con el objeto de "...constatar el estado de los cerramientos de los laterales de la zona de vías a la altura del km 4 palo 0, del ramal Once-Moreno de la línea Sarmiento...". Si bien fue hecha más de

tres años después del siniestro de autos, lo que diluye su valor probatorio en cuanto a cuáles eran las condiciones de lugar en el momento mismo del accidente, determina que "...el estado de los cerramientos de la zona de operaciones ferroviarias es el siguiente: // *Lado ascendente:* hay muros de mampostería que delimitan las propiedades linderas. El extremo de la calle Espinosa está cerrado mediante muro de losetas de H° A°.// *Lado vía descendente:* se desarrolla la playa de cargas de BAP/ALL y playa de alistamiento de UEPFP es deslinde con la propiedad lindera (club Ferrocarril Oeste) está constituido por un tapial de chapas acanaladas de altura aproximada a los 2 m...". Como puede apreciarse, al menos al momento de realizar la inspección, el acceso desde la calle a esa zona no es sencillo, salvo que se venga caminando desde un paso peatonal o desde una estación ferroviaria a través de las vías.

Ello coincide con el acta de constatación notarial realizada el 29/5/2001, acompañada como prueba documental por los codemandados Trenes de Buenos Aires S.A., Lacoste y Herrera (fs. 163/166), en la que la escribana Mariela P. Garbulsky certificó que el lugar del siniestro (km 4 palo 0) "...se trata de una zona estrictamente de vías, el lugar cuenta con tres corredores férreos estando delimitados en una margen por una pared metálica y de la otra por un paredón de construcción de material, antecedida en cierta parte por pastos y en la otra parte por cantidad de formaciones férreas..." (fs. 163 vta.).

Y por último, la actora reclama por la ausencia de personal de vigilancia en el lugar y el momento del siniestro. Esta exigencia no solo no surge de ninguna norma legal, sino que además es totalmente inverosímil y demuestra ausencia de sentido común, ya que si debiera haber personal de vigilancia no solo en las estaciones ferroviarias sino a lo largo de todas las vías férreas del país, posiblemente no alcanzaran los habitantes de esta Nación para cumplir esa tarea.

En conclusión: no se ha probado en esta causa que exista algún incumplimiento, por parte de Trenes de Buenos Aires S.A., de los recaudos de seguridad exigidos por la normativa vigente, por lo tanto no se puede afirmar que exista un factor imputable a la empresa codemandada que haya incidido causalmente en la producción del evento dañoso.

5.3. El *exceso de velocidad* al que habría circulado la locomotora embistente, constituye un hecho que no fue invocado por la actora en su escrito de demanda, por lo que tampoco pudo ser considerado válidamente por la Cámara ni por este Tribunal, en virtud de las mismas razones expuestas en el punto 5.1.

5.4. La actora sostiene que el juez de primera instancia debería haber realizado una *inspección ocular,* pero no contempla que el reconocimiento judicial constituye un medio de prueba reglado en los arts. 387 y 388, CCAyT, y que puede ser ofrecido por las partes en el momento procesal oportuno.

Sin embargo, la actora no solicitó la producción de este medio de prueba (véase fs. 4/6), por lo que su pedido aparece como un intento tardío de ejercer una facultad procesal precluida.

Y además, no se puede advertir la pertinencia, en este caso concreto, de este medio de prueba, ya que la actora no indica con claridad qué extremos fácticos podrían acreditarse con la inspección ocular. Si se pretendiera que el juez forme convicción sobre las características del lugar del siniestro, y su distancia respecto del paso de la calle Martín de Gainza, lo cierto es que obran en la causa fotografías, un acta notarial y un plano del trazado ferroviario que permiten ilustrar sobre este aspecto.

5.5. La *presunta tardanza en atender a la actora por parte del SAME,* cuestión que se relaciona con el horario en que ocurrió el hecho, serán tratados conjuntamente.

El informe realizado por el Sistema de Atención Médica de Emergencia (SAME) de la Ciudad asevera que de la documentación obrante en la Dirección operativa "Registro de Atención Médica de Urgencia con Ambulancias (Auxilios médicos)" surge que "*...del día 22/4/1999, a las 22:57 hs,* ingresa a la Central de Comunicaciones, un pedido de auxilio médico para Ferrocarril Sarmiento —Estación Caballito— Cucha Cucha y Vías Ascendentes (...) Motivo: atropellado. Categoría: Grado 1 (Emergencia), la ambulancia *llegó al lugar a las 23:03 hs,* finalizando el auxilio *a las 23:20 hs* con traslado de paciente al Hospital General de Agudos 'Carlos Durand', *al cual ingresa a las 23.29 hs...*" (fs. 409).

La veracidad, exactitud y completitud de este informe no fue cuestionada oportunamente por la parte actora, quien, de discrepar con estos datos, podría haberlos impugnado en virtud de lo dispuesto en el art. 331, CCAyT.

Según el informe, la ambulancia llegó al lugar del hecho 6 minutos después de ser alertada, realizó los primeros auxilios por un lapso de 17 minutos, y tardó solamente 9 minutos en trasladar a la actora al hospital. No existió ninguna tardanza sino, por el contrario, mucha premura en la actuación del SAME.

Estos datos coinciden con el horario del hecho (22:52 hs) invocado por la actora en su demanda y testimoniado en la causa penal por Herrera y Lacoste, y con el horario en que el oficial Liguera fue alertado sobre la ocurrencia de un accidente (23:05 hs), conforme su declaración a fs. 1/2 de la causa penal. Y contrastan decididamente con lo declarado por la testigo Marta Edith Martínez (fs. 356/357), quien en una declaración dudosa y poco certera afirma que el siniestro ocurrió aproximadamente a las 21:30 (fs. 356 vta., respuesta a la segunda pregunta).

Ante un hecho como el presente, que fue advertido en el mismo momento de ocurrir por el maquinista y ayudante de la locomotora, quienes detuvieron inmediatamente la marcha en un barrio muy transitado y habitado (Caballito), resulta más lógico considerar que el SAME fue alertado 5 minutos después de ocurrido el siniestro, y que el oficial de policía Liguera fue avisado 13 minutos después, antes que pensar que ambos avisos fueron realizados una hora y media después del impacto.

La actora pretende fundamentar su planteo en que a fs. 290 de la historia médica confeccionada por el Hospital Durand consta que el ingreso se habría producido a las 00:00 hs del día 23/4/1999. Si la actora ingresó luego de un gravísimo

accidente, con riesgo de vida, a las 23:29 hs, también resulta lógico suponer que la hoja de guardia de fs. 290 fue completada luego de realizados las curaciones más urgentes, y que por eso consta la hora 00:00 del día 23/4/1999.

En definitiva, la tardanza en la actuación del SAME constituye un hecho no acreditado en autos, sino que por el contrario el informe del SAME —no impugnado por la actora— se expide en sentido contrario.

5.6. Por último, cabe realizar algunas reflexiones sobre la insistencia de la actora en pretender que, so pretexto de dictar una sentencia justa, se consideren acreditados hechos distintos a los invocados en su demanda.

Una sentencia justa podrá ser dictada únicamente si es la culminación de un proceso válido, en el cual se hayan respetado plenamente los derechos de ambas partes. Si se permitiera que una de las partes, al apelar la sentencia de primera instancia, modifique los hechos invocados en la demanda, el proceso se viciaría de nulidad y en consecuencia, la decisión final también sería inválida.

No hay que confundir la búsqueda de la justicia y la verdad material eludiendo pruritos o rigorismos formales, lo cual es un deber de todo magistrado, con violar el derecho de defensa de una parte y favorecer claramente a la contraria. No puede haber justicia sin respeto a los principios y garantías procesales, de base constitucional.

Todo el recurso de apelación ordinario de la actora pretende violentar el principio de congruencia, solicitar una actuación judicial parcial y violatoria del derecho de defensa de los codemandados, e interpretar las pruebas de una manera caprichosa y arbitraria. Ello difícilmente sea compatible con su invocación de justicia.

6. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar el presente recurso de apelación ordinario interpuesto por la actora, con costas a la vencida (conf. art. 62, CCAyT).

La jueza MARTA PAZ *dijo:*

1. Comparto la reseña de hechos, la interpretación de la prueba y las conclusiones que efectúa la Dra. Ana María Conde, a las que me remito por las razones de economía procesal.

2. La doctrina civilista tradicionalmente sostiene que deben concretarse cuatro presupuestos para la procedencia de la acción, a saber: *1º.* Incumplimiento objetivo o ilicitud, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber genérico de no dañar; *2º.* Un factor de atribución de la responsabilidad o inmutabilidad, esto es, una razón suficiente —de naturaleza subjetiva u objetiva— para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor; *3º.* El daño ilegítimo, que no hubiere obligación legal de soportar, que consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible; *4º.* Una relación de causalidad suficiente entre la conducta o el proceder ilícito y el daño causado, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa fuente de tal daño.

Sin la concurrencia de los cuatro presupuestos no hay responsabilidad que dé lugar a indemnización.

De allí que la investigación destinada a establecer si la persona de quien se pretende la indemnización es responsable, debe comenzar por analizar si cometió o no una infracción.

Si se concluye que hubo infracción, debe estudiarse si media un factor de atribución. Cuando se tiene por establecido un incumplimiento jurídicamente atribuible al sujeto, debe precisarse si hubo o no daño, porque la indemnización sólo tiene sentido en caso afirmativo y de acreditarse la existencia de un incumplimiento, atribuible y dañoso, se deberá concretar si aquél determinó el daño, y qué porción de la masa total de daños se le asigna al autor, problema que concierne a la relación de causalidad (conf. Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, pp. 158/159).

El daño es un elemento del acto ilícito sin el cual no existe la responsabilidad civil pero no basta un daño cualquiera para que el autor del acto ilícito o, en su caso, el deudor, se vea constreñido a resarcir. Este daño debe ser cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado.

A su vez, guardar relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad. La relación causal constituye un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar (en este sentido Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, pp. 159/160, pp. 170 y 257).

3. En el campo de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función: por un lado, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso, por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un sistema predeterminado de imputación de consecuencias.

La carga de la prueba del nexo de causalidad incumbe al actor, es él quien debe acreditar la existencia del daño y la conexión entre los factores eficientes del daño, ya sean personas o cosas, y el daño mismo. De lo contrario, bastaría la afirmación de la víctima, como si se presumiera la relación causal, para comprometer en el hecho a un tercero absolutamente ajeno al mismo (arts. 901 y 906, Cód. Civil).

Del análisis de la prueba obrante en autos surge que la actora no ha logrado acreditar los extremos de hecho a su cargo, para acceder a la reparación que pretende, por lo que el reclamo no procede.

Para la realización del juicio de adecuación que el presupuesto de la relación causal requiere —conforme lo dispuesto por los arts. 901 y 906 del Cód. Civil— es indispensable haber probado previamente la mecánica del evento dañoso. En autos no se cumple la referida comprobación del requisito de causalidad.

Por otra parte, la culpa de la víctima ha quedado, debidamente comprobada, tornando inexistente la necesaria relación de causalidad para la atribución de la responsabilidad pretendida. Es menester recordar que la conducta denominada "culpa de la víctima" puede definirse como la omisión de la diligencia que hubiera sido necesaria para evitar el perjuicio propio, y que a los efectos de que esta se constituya debe revestir los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, propias de la fuerza mayor o el caso fortuito.

Un convoy ni es, en sí, agente eficiente para causar daño alguno. De ser así, se responsabilizaría al dueño de un edificio en los casos de suicidio en que alguien se arroje por la ventana de uno, etc. En este último caso, la causa es la ley de la gravedad y la decisión del suicida de arrojarse al vacío.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no es el guardián ni el dueño del tren, ni lo tiene a su cargo.

4. La ausencia de culpa o negligencia por parte de la codemandada —Gobierno de la Ciudad de Buenos Aries— la exime de responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, lo que implica la ausencia de obligación de reparar daño alguno.

Atento ello, considero que en el caso a estudio, no se dan los presupuestos básicos y necesarios para que se configure la responsabilidad indemnizatoria de la demandada por daños.

5. Considero que no se tipifica en autos el encuadre en el art. 1113, párr. 2º del Cód. Civil cuyo texto expresa: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tienen a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable".

Aún si se considera a la actividad ferroviaria como una actividad riesgosa, lo que podría tornar aplicable la segunda parte del art. 1113 del Cód. Civil, teniendo en cuenta las especiales características que reviste el transporte ferroviario, el régimen legal que rige este tipo de hechos debe ser interpretado en forma razonable y adecuada, desde que la conducta de quienes cruzan o se internan en las vías ferroviarias ha de ser juzgada con rigurosidad, pues el peligro eminente que provoca el paso del ferrocarril, no puede desconocerse y obliga a obrar con prudencia.

La circulación de trenes se realiza por una vía que no es compartida, a lo que cabe agregar que los mismos recorren una trayectoria obligada, sin posibilidad alguna de apartarse de ella o modificarla a voluntad, lo que hace que el conductor de trenes vea limitadas sus posibilidades de evitar el daño, frente a la inminencia de la colisión, teniendo sólo posibilidad de reducir la velocidad o aplicar los frenos,

además, claro está, de las maniobras preventivas destinadas a anunciar la presencia del convoy: luces, silbatos, etcétera.

En ese marco, los vehículos o peatones que pretenden cruzar las vías lo hacen invadiendo un espacio reservado aumentando así conscientemente y con el hecho propio, la probabilidad de ser perjudicados al ser embestidos, debiendo en consecuencia tomar todo tipo de precauciones, como exigencia requerida por las circunstancias de tiempo y lugar.

En efecto, dada la naturaleza, carácter y medio por el que circula con exclusividad, dificultad de detención inmediata e imposibilidad de maniobra, prioridad que le es propia en los cruces de vías con calles y rutas que atraviesa, la actividad ferroviaria genera un riesgo potencial respecto a quienes deben trasponer su medio de circulación.

El art. 414 del Reglamento de Ferrocarriles expresa: Prohibición de transitar por la vía. "Está prohibido transitar por la vía y en las estaciones deberá limitarse el tránsito al lugar destinado a los pasajeros; …Esta disposición no regirá para los empleados públicos en el desempeño de sus funciones".

Desde que las vías férreas, constituyen un lugar reservado para la circulación de los trenes, quienes las cruzan están obligados a cerciorarse de la posibilidad de su traspaso sin peligro alguno.

6. Por lo expuesto, concluyo que el fallo apelado se ajusta a derecho pues la doctrina sostiene que "es inatendible el recurso que no traspasa los límites de la exhibición de una subjetividad, sin convencer de la arbitrariedad o el absurdo de la labor axiológica desarrollada por los jueces de grado al apreciar la prueba. Es que no basta oponer al criterio del tribunal sentenciante la propia apreciación personal sobre el mérito de los elementos de juicio allegados al proceso, máxime si el juzgador puede preferir uno sobre otros descartando aquellos que no son conducentes pues hace a sus facultades privativas de apreciación" (Augusto Mario Morello, *Prueba, incongruencia, defensa en juicio*, Abeledo-Perrot, p. 131, ed. 1977).

7. Por los fundamentos expuestos, corresponde el rechazo del recurso de apelación ordinario interpuesto por la actora, con costas a la vencida (conf. art. 62 CCAyT).

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. La Sra. Ramona Dominga Coronel planteó recurso ordinario de apelación contra la sentencia de Sala I de la Cámara CAyT de esta Ciudad que confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había rechazado la demanda de daños y perjuicios interpuesta contra el GCBA, Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA S.A.) y los señores Juan Carlos Herrera y Pedro Pablo Lacoste por los sucesos acaecidos el día 22 de abril de 1999 que le habrían generado los perjuicios cuyo resarcimiento pretende.

2. Si bien el recurso intentado ha sido correctamente concedido por el *a quo* —en atención a que resulta formalmente admisible por los motivos expresados por mis colegas preopinantes—, entiendo que en autos corresponde rechazar los planteos esgrimidos por la actora.

3. En primer lugar, estimo relevante destacar que las extensas consideraciones vertidas en el escrito de fs. 820/835 no hacen más que reiterar cuestiones ya abordadas y resueltas por el *a quo* con un sentido adverso a las pretensiones de la recurrente, mas no exponen una refutación concreta y razonada de aquellas motivaciones fácticas y jurídicas desarrolladas por la alzada para desestimar cada uno de los agravios esbozados en su oportunidad.

En efecto, la lectura del memorial presentado para sostener la vía ordinaria permite advertir que la recurrente fundamentalmente reedita aquí aquellas consideraciones respecto del lugar y la hora en que habría acaecido el desgraciado suceso que la alzada puntualmente desestimó por advertir que divergían sustancialmente del relato de los hechos efectuado por la propia actora en su escrito de demanda y, en consecuencia, resultaban modificatorias de los términos en que había quedado trabada la litis. La misma reflexión corresponde efectuar respecto del planteo relativo a la velocidad en que habría circulado la locomotora —cuestión introducida recién en el alegato obrante a fs. 692/700 y destacada más extensamente al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia.

Por otro lado, se advierte que las desordenadas referencias a la supuesta omisión en que habría incurrido el juez de primera instancia al no ordenar la realización de una inspección ocular en el lugar del siniestro y a la discrepancia respecto del valor probatorio otorgado al testimonio de la señora Martha Edith Martínez —ofrecido por la actora— (fs. 356/357) tampoco cumplen con la carga de rebatir concretamente los argumentos vertidos por los magistrados de la Sala I para desestimar cada uno de los agravios esgrimidos oportunamente.

En suma, el memorial de agravios carece de la fundamentación requerida para habilitar esta instancia de revisión en tanto únicamente trasunta la reiteración de argumentos que ya fueron abordados por el tribunal *a quo* y cuyas conclusiones permanecen incólumes ante las meras discrepancias de la recurrente.

En este sentido, además, comparto la opinión vertida por mi distinguida colega Ana María Conde en el sentido que un pronunciamiento que admitiese planteamientos diferentes de aquellos contenidos en la acción originariamente deducida, lejos de constituir la "sentencia justa" que reclama la accionante, resultaría inválido. Ello así, en tanto de ese modo quedarían infringidos principios sustanciales del proceso relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal y, más precisamente, el principio de congruencia, reconocido positivamente en los arts. 27, inc. 4°; 145, inc. 6°; y 277 del CCAyT y tutelado por la garantía constitucional de defensa en juicio y debido proceso legal, que impide a los jueces introducir aspectos sobre los que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa.

Ello basta, en mi concepto, para sellar la suerte adversa de la pretensión recursiva esgrimida.

4. Sin perjuicio de ello, también adhiero a las diversas consideraciones expuestas en el voto de la señora jueza Ana María Conde para eximir a las partes demandadas en autos de las responsabilidades que la accionante les atribuye, con las puntualizaciones que se expondrán a continuación.

4.1. Respecto de la empresa TBA S.A., la accionante pretende endilgarle responsabilidad a raíz de los daños ocasionados por la locomotora n° 657 con fundamento en el art. 1113, párr. 2º, Cód. Civil.

Sin embargo, en este punto coincido con lo señalado por la señora jueza Ana María Conde en cuanto destaca que la compulsa de las constancias de la causa permiten concluir que existió un *hecho extraño* al riesgo de la cosa (la locomotora en marcha) que tuvo virtualidad suficiente para determinar por sí sólo el daño ocasionado y, en consecuencia, produjo la interrupción del nexo de causalidad requerido a fin de atribuir responsabilidad a la empresa TBA S.A. Tal hecho ajeno a la empresa mencionada no es otro que la propia *conducta de la víctima* durante los momentos cruciales del evento lesivo.

En efecto, de la prueba aportada al expediente se desprende que: *i)* la señora Coronel, en horas de la noche del día 22 de abril de 1999, se encontraba deambulando por las inmediaciones de una estación del ferrocarril Sarmiento —presumiblemente, la estación Caballito— y, luego, por las adyacencias de las vías de esa misma línea del ferrocarril en una zona donde el paso peatonal se encuentra prohibido; *ii)* instantes antes de ser embestida por la locomotora nº 657 advirtió luces delante de ella y luego, al darse vuelta, vio una luz potente que se desplazaba en su dirección; y *iii)* al momento del siniestro, según ella misma refiere, se hallaba sobre las vías del ferrocarril en cuestión.

Ello permite concluir que, a pesar de haber advertido que se encontraba en horas de la noche en las inmediaciones de una estación ferroviaria cercana a su domicilio, la actora, de cincuenta y dos años (52) de edad al momento de los hechos, ingresó voluntariamente a una zona exclusiva de vías del ferrocarril Sarmiento (como es de público y notorio conocimiento se trata de una de las vías férreas más importantes que se utiliza para el transporte en la Ciudad). Este sector, vedado para el paso peatonal, se encontraba aproximadamente a unos 100 m del paso a nivel habilitado más próximo. Luego, la actora no reaccionó al ver aproximarse hacia su ubicación —sobre las vías— a una locomotora en movimiento con sus luces encendidas y no se puso a resguardo.

En definitiva, y tal como concluye la señora jueza Ana María en su fundado voto, sea que el hecho ocurrido hubiera obedecido o no a un intento deliberado de la actora para dañarse o a un desafortunado accidente, lo cierto es que, en el marco de la versión del evento aportada por ella misma, es posible afirmar que sólo su conducta desaprensiva —a la luz de las características específicas que presentaba el medio circundante antes descripto— en los momentos previos al impacto con la locomotora en marcha resultó decisiva para generar el apuntado desenlace y, en consecuencia, tuvo la entidad suficiente para interrumpir completamente el nexo

de causalidad entre el hecho que en la demanda se consideró generador del daño y las lesiones acreditadas.

4.2. A lo largo del proceso la parte actora también ha pretendido endilgar responsabilidad a la empresa demandada por el alegado incumplimiento en que habría incurrido al no haber colocado un cerco perimetral y señales indicativas que advirtieran sobre la prohibición de ingreso y circulación en el lugar del hecho, ni haber contratado personal de vigilancia para impedir el acceso a las vías del ferrocarril.

Empero, no se ofreció ni se produjo prueba tendiente a poner en evidencia que los hechos descriptos en el escrito de inicio sucedieron como derivación de su desconocimiento del máximo peligro que entrañaba ingresar y deambular durante la noche por una zona exclusiva de vías del ferrocarril Sarmiento prohibida para el paso peatonal, lugar donde ocurrió el lamentable suceso. En otras palabras, no se advierte que la Sra. Coronel haya intentado demostrar que los daños que padeció a consecuencia de haber sido embestida por el convoy de marras fueron consecuencia real y efectiva de las alegadas irregularidades en la señalización y en la vigilancia a cargo de TBA S.A.

En este sentido, ha sostenido Jorge Bustamante Alsina que "(e)l daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción.// Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación de causalidad es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar.// Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa" (Bustamente Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, novena edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 267, n° 580).

No basta entonces haber sufrido un daño para que ello sea suficiente título de la respectiva indemnización, pues es necesario establecer el nexo de causalidad entre ese efecto dañoso y el hecho que suscita la responsabilidad en cuestión (en este caso, la supuesta falta de señalización y/o vigilancia), en cuanto este hecho sea el factor por cuyo influjo ocurrió aquel daño.

Como se refirió anteriormente, la accionante —de acuerdo a su propia versión de los hechos— no podía desconocer la situación de máxima peligrosidad a la que voluntariamente se expuso, pues de su relato se desprende que sabía que se encontraba sobre las vías del ferrocarril donde efectivamente se produjo el impacto con la locomotora —esto es, en una zona de vías del ferrocarril Sarmiento próxima a su domicilio, aproximadamente a unos 100 m del paso peatonal autorizado más cercano— y que había llegado allí luego de haber bajado por una escalera de cemento y caminado por un "caminito con yuyos" (arts. 512 y 902, Cód. Civil).

Así, a partir de los elementos obrantes en esta causa no resulta posible afirmar que la codemandada TBA S.A. tenía a su alcance medios razonables que resultaran aptos para evitar la producción del daño sufrido por la actora. Porque si bien la señalización y cerramientos existentes en las estaciones ferroviarias, en principio (y en abstracto), siempre pueden resultar perfectibles, las medidas de prevención a adoptar en cada caso deben ser acordes a las modalidades que permiten la prestación del servicio de manera regular y adecuadas a los concretos riesgos existentes en esta actividad, en tanto ellos resulten previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas.

Desde esta perspectiva, el alcance de la obligación que pesa sobre la empresa demandada no puede abarcar medidas orientadas a prevenir conductas temerarias o contrarias a la prudencia normal que debiera guardar—y de hecho guarda— cualquier vecino en un ámbito específico como el descripto.

Por lo demás, la obligación que la actora pretende poner en cabeza de TBA S.A. —que parecería consistir no sólo en bloquear completamente cualquier acceso a las vías del ferrocarril sino también en proveer vigilancia permanente a lo largo de toda la línea férrea— no posee sustento normativo y hasta parece impracticable en el plano de la realidad (véase, en este sentido, argumentos vertidos en el punto VI del escrito de contestación de demanda de TBA S.A. —fs. 170/180— e informe emitido por la Comisión Nacional de Regulación del Transporte en su carácter de órgano de fiscalización y control sobre las concesiones ferroviarias, que luce a fs. 406/407).

4.3. En lo que concierne a la responsabilidad que a criterio de la actora le cabría al GCBA por la presunta tardanza en que habría incurrido el SAME al momento de socorrerla el día del aciago suceso, coincido con los fundamentos brindados por mis colegas Luis F. Lozano y Ana María Conde que ponen acabadamente de resalto que el relato de los hechos efectuado en el escrito de inicio y diversas constancias de la causa —como el informe del SAME obrante a fs. 409 y la declaración del oficial de la Policía Federal Argentina Oscar Fernando Linera obrante a fs. 1/2 de la causa penal (expte. n° 41.312/99)— permiten afirmar que la actuación del servicio médico de emergencias, lejos de resultar irregular, fue expeditiva y eficiente para atender el delicado cuadro de salud que presentaba la actora luego de acaecido el siniestro.

Cabe aquí puntualizar que no sólo no ha quedado acreditada la *falta de servicio* imputada al SAME sino que, por otro lado, tampoco se advierte que la accionante haya intentado demostrar la existencia de algún perjuicio cierto y concreto que la supuesta demora le hubiere ocasionado —diferenciado de aquellos que sufrió en el infausto incidente de marras.

Así las cosas, forzoso es concluir que en autos no se han logrado acreditar los diferentes presupuestos básicos que deben comprobarse para poder atribuir responsabilidad al Estado local.

4.4. Cabe agregar que los fundamentos desarrollados precedentemente también resultan suficientes para sellar la suerte adversa de la pretensión de condena de los señores Juan Carlos Herrera y Pedro Pablo Lacoste, codemandados en autos por su condición de conductor de la locomotora n° 657 y ayudante, respectivamente. Ello así, en tanto, al igual que en los supuestos anteriormente referidos, tampoco aquí han quedado acreditados los distintos elementos que el régimen de responsabilidad civil extracontractual vigente exige para el progreso de la pretensión resarcitoria esgrimida. Máxime cuando se advierte que en la presente causa la actora no argumentó fundadamente la cuestión ni produjo prueba idónea relacionada con el obrar de los nombrados respecto del trágico suceso del 22 de abril de 1999, sin que a ese fin basten las tardías alusiones al exceso de velocidad con que supuestamente habría circulado la locomotora operada por los codemandados; las que, como ya se señalara, fueron introducidas por aquélla recién al momento de presentar su alegato.

5. Finalmente cabe recordar que, si bien las lesiones y padecimientos sufridos por la Sra. Coronel a causa del suceso descripto en estos autos son evidentes, los jueces nos encontramos obligados —por la ley— a resolver los casos que se someten a nuestro conocimiento a partir de los hechos expuestos en la demanda y comprobados en el expediente de acuerdo con la prueba efectivamente producida, pues de lo contrario estaríamos excediéndonos en el ejercicio de nuestra función; ello conduce a confirmar las decisiones de las instancias de mérito que eximieron de responsabilidad a los demandados, sin que el temperamento adoptado se levante como obstáculo para que la actora, por la vía que estime pertinente, procure algún tipo de asistencia especial por parte de las autoridades públicas competentes destinada a mitigar las irreversibles consecuencias que el siniestro sufrido le ha traído aparejadas.

En virtud de las consideraciones expuestas corresponde rechazar el recurso ordinario de apelación incoado por la actora, con costas.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de apelación ordinario interpuesto por Dominga Ramona Coronel.

2º. *Imponer* las costas a la vencida.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Marta Paz - José O. Casás.*

CLXVI

"DEVOTO, RUBÉN ÁNGEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DEVOTO, RUBÉN ÁNGEL C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. MEDIDAS CAUTELARES: Amparo. Resolución equiparable a definitiva. Gravamen irreparable. Peligro actual e inminente. Gravedad institucional. CÓDIGO DE PLANEAMIENTO URBANO: Bien del dominio público. Corporación Buenos Aires Sur. S.E.

SUMARIOS:

1. 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, 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. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Las diversas referencias al art. 22 de la ley 2145 efectuadas por el recurrente no permiten equiparar a sentencia definitiva la resolución que revocó una medida cautelar, si la acción de amparo con anterioridad a la vigencia de la aludida norma local pues el art. 30 de ese plexo legal dispone que las acciones de amparo ya iniciadas y en trámite al momento de la entrada en vigencia de la esa ley continuarán su curso con la aplicación de las normas procesales a las que se encontraban sometidas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. No se ha demostrado que en el inmueble se encuentren en curso de ejecución obras incompatibles con el uso regulado por el Código de Planeamiento Urbano para ese predio — conforme la calificación de distrito Urbanización Parque (UP) que le correspondería—, ni que tal estado de situación pueda verse alterado de manera inminente, por lo que del remedio intentado no se desprende concretamente cuál sería el peligro actual y de difícil reparación ulterior que se debe conjurar hasta tanto se sustancie la pretensión esgrimida y recaiga sentencia definitiva sobre la cuestión litigiosa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Las afirmaciones del recurrente no logran demostrar que exista un perjuicio de carácter irreparable, ya que no individualizan ninguna situación o hecho concreto y actual que permita presumir que exista un riesgo cierto e inminente que el predio sea utilizado para fines contrarios a los previstos en el Código de Planeamiento Urbano, y el hecho que haya habido una licitación para concesionar la explotación comercial del predio, no permite considerar que la funcionalidad del predio esté amenazada por un peligro actual e inminente, justamente porque dicha licitación —como lo reconoce la propia actora— ha fracasado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Dado que en la actualidad no existe una situación de peligro concreto y actual que permita suponer que la denegatoria de la medida generaría un perjuicio de carácter irreparable, la ausencia del requisito de existencia de sentencia equiparable a definitiva impide la apertura de la vía recursiva extraordinaria, lo cual no impide que en el futuro la situación pueda ser modificada si cambian las circunstancias de hecho. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La causal de gravedad institucional permite obviar la inexistencia o irregularidad de ciertos requisitos particularmente formales del recurso de inconstitucionalidad o el recurso extraordinario federal, pero de ninguna manera habilita a provocar una intervención prematura de este Tribunal cuando aún no se ha dictado una sentencia definitiva o equiparable a tal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6681/09 - 14/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 9/8/2006 el Sr. Rubén Ángel Devoto por su propio derecho, en su carácter de legislador y vecino de la Ciudad, inició acción de amparo (fs. 1/16 vta.) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el "GCBA") y la Corporación Buenos Aires Sur (desde aquí, "CBAS") "en virtud de que el Poder Ejecutivo de la Ciudad transfirió un inmueble perteneciente al dominio público de ésta (llamado Parque *Ribera Sur o Parque Sur) por medio del dec. 1197/05, a la Corporación Buenos Aires Sur S.E.*" (fs. 1, destacado en el original). Pidió: *i)* se declare inconstitucional el dec. 1197/05 (y normas y actos concordantes) por medio del cual el Gobierno transfirió a CBAS la propiedad fiduciaria sobre el inmueble con frentes a la Av. Coronel Roca 6902, a la Av. General Paz y a la Av. 27 de Febrero, nomenclatura catastral Circ. 1, Manzana 1 B, Sección 84, Fracción I, parcelas según planos de mensura M-118/2005 y M-119/2005 (en adelante, el "Inmueble"); *ii)* se ordene la devolución del Inmueble al patrimonio del GCBA y la inscripción de tal devolución en los registros pertinentes; *iii)* se declaren nulas "todas las normas y/o actos, dictados por el Gobierno de la Ciudad, la Corporación Buenos Aires Sur S.E. (entre los que se encuentra la licitación pública nº 50-CBAS-05 llevada a cabo por la Corporación Buenos Aires Sur), así como [todo] acto y/o contrato suscripto por parte de cualquiera de estos *(sic)* que tengan *(sic)* relación con la transferencia, concesión y/o uso" del Inmueble (fs. 1 y vta.); y *iv)* se ordene al Gobierno que una vez devuelto el Inmueble, "(...) disponga de todas las medidas necesarias a fin de asegurar el pleno uso y goce por parte de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires del predio denominado 'Parque Ribera Sur' cumpliendo con el fin dado por el Código de Planeamiento Urbano, o sea un espacio verde de uso público" (fs. 1 vta.).

En el marco de la referida acción de amparo, el Sr. Devoto solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar en el uso del suelo del Inmueble, prohibiéndose además a CBAS realizar cualquier tipo de actos sobre aquél, salvo los meramente conservatorios, cualquier tipo de construcción por sí o por terceros, y se suspenda todo procedimiento licitatorio, de adjudicación, suscripción de contratos y/o cualquier otro acto que tenga como objeto la disposición o administración del Inmueble. También requirió se decrete la prohibición de contratar sobre el Inmueble y la inscripción de la medida en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El accionante fundó su demanda y la medida cautelar en la violación por parte del GCBA y de CBAS, de los arts. 5.1.1, 8.1.2 g, 8.3.1 y conc., Código de Planeamiento Urbano (desde aquí, "CPU"); art. 2340 y conc., Cód. Civil; ordenanza 46.229; decs. 1243/95 y 225/97; arts. 8°, 10, 11, 14, 19, 26, 27, 29, 30, 81, 82, 84, 89, 90 y 104 incs. 23, 24 y 27, CCBA; y arts. 17, 18, 19, 28, 31, 33, 41, 42, 43 y 129, C.N.

El amparista relató:

i) que por medio del dec. 1197/95, el GCBA transfirió a CBAS la propiedad fiduciaria del Inmueble;

ii) que según surge de los considerandos del dec. 1197/95, CBAS solicitó la transferencia fiduciaria del Inmueble para implementar un centro de recreación que incluiría natatorios y juegos acuáticos, así como un campo deportivo; y

iii) que CBAS llamó a licitación pública (nº 50-CBAS-05) para la construcción y explotación en el Inmueble de un parque acuático y un parque temático.

En relación con la verosimilitud del derecho, el Sr. Devoto señaló:

i) que según el CPU el Inmueble se ubica en un distrito "Urbanización Parque" (en adelante, "UP"), es decir, que se trata de una zona destinada a ser un espacio verde de uso público;

ii) que el hecho de que el Inmueble se encuentre en un distrito UP refuerza su carácter de bien de dominio público, ello en virtud del art. 2340 del Cód. Civil y del art. 5.4.10 del CPU y las planchetas correspondientes;

iii) que (fs. 13) "[s]olo el Poder Legislativo con una mayoría especial (2/3 de los miembros, art. 82), siguiendo el procedimiento de doble lectura, que implica la realización de una audiencia pública (arts. 89 y 90) puede disponer la desafectación de un inmueble del dominio público y todo acto de disposición de estos (incs. 4° y 5°, art. 89)"; y

iv) que el Poder Ejecutivo carece de facultades para transferir un inmueble del dominio público de la Ciudad.

Respecto del peligro en la demora, el actor expresó que de no concederse la medida cautelar solicitada se provocarían perjuicios irreparables al medio ambiente durante el trámite del proceso, por hallarse el Inmueble "a disposición absoluta de *la Corporación Buenos Aires Sur S.E.,* quien *podría* darle el uso que considere conveniente, adjudicar la licitación en curso, llamar a otras, o *vender el*

predio" (fs. 14, destacado en el original). También invocó el principio precautorio en materia ambiental.

2. En primera instancia, se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y se suspendió la licitación pública nº 50-CBAS-2005 (fs. 84/94 vta.). La sentenciante de grado ordenó: *i)* al GCBA, "se abstenga de innovar en el uso del suelo del predio conocido como 'Parque Sur' delimitado por las avenidas Coronel Roca 6902, General Paz y 27 de Febrero de esta Ciudad de Buenos Aires, sin cumplir con los procedimientos legales y constitucionales aplicables", y *ii)* a CBAS, "cesar y abstenerse de realizar cualquier acto de disposición y todo tipo de construcción por sí o por terceros, de disposición o administración del inmueble, salvo los meramente conservatorios bajo apercibimiento de imponer sanciones pecuniarias del 30 % del sueldo mensual bruto en cabeza de los funcionarios responsables del incumplimiento...". La magistrada también citó "a las personas firmantes del dec. 1197/05 de fecha 9/8/2005, Dr. Aníbal Ibarra, Lic. Eduardo Ezequiel Epszteyn, Lic. Marta Albamonte y Lic. Raúl Fernández, a estar a derecho a fin de asumir, si fuera el caso, las eventuales responsabilidades por presuntos incumplimientos de deberes y obligaciones del funcionario público" (fs. 94 vta.).

La jueza explicó:

i) que el inmueble "(...) es el denominado 'Parque Sur' de la Ciudad de Buenos Aires el cual según consta en el Tomo II del Código de Planeamiento Urbano de esta Ciudad figura en la Plancheta N 32 en su edición actualizada al 31/12/2002 como distrito UP" (fs. 90 vta.);

ii) que según el art. 5.1.1 del CPU, el distrito Urbanización Parque (UP) corresponde "a áreas destinadas a espacios verdes y parquización de uso público";

iii) que el art. 1.3.1 del CPU establece que sus disposiciones son de orden público, no pudiendo ser dejadas sin efecto por convenciones particulares;

iv) que de conformidad con los arts. 5.4.10, 8.1.1 y 8.1.2 inc. g) del CPU, "(...) las facultades del Ejecutivo se limitan al gestionamiento y preservación de los espacios verdes no contemplándose el cambio de afectación del bien, en concreto, el cambio del uso público, lo cual incluye que tampoco pueda establecer restricciones que desnaturalicen o desvirtúen *(sic)* en los hechos ese uso general" (fs. 91);

v) que en el caso "(...) se habría omitido toda instancia de participación ciudadana no obstante que el Código de Planeamiento Urbano [en el art. 8.1.2 inc. j)] pone énfasis (....) con relación a que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe en forma sistemática y permanente promover la participación de los sectores representativos de la población como de los propios habitantes involucrados en forma directa" (fs. 91 vta.);

vi) que "(...) sin fundamento alguno, en los considerandos del dec. 1197/05 se afirma que el predio en cuestión 'pertenece al dominio privado' de la Ciudad de Buenos Aires lo cual se contradice, con las normas del Código de Planeamiento Urbano, en particular con aquéllas relacionadas con el

carácter de los distritos Urbanización Parque, que (...) se halla estrechamente vinculada al uso público, en concordancia con (...) [el] art. 2340 del Cód. Civil, (...) donde hallamos el rasgo de uso común en las cosas que el legislador enuncia como integrantes de los bienes públicos, sean naturales o artificiales, estableciendo bien claro que son bienes públicos los que satisfacen o adquieran *aptitud de satisfacer usos de interés general"* (fs. 91 vta., destacado en el original);

vii) que del art. 2342 del Cód. Civil "(...) surge también claramente que la dominialidad privada del Estado es residual (tierras que carecen de otro dueño, inc. 1º o bien, se trata de cosas afectadas indirectamente al uso común, como sucede con los ferrocarriles y puentes, que permiten la prestación del servicio público del transporte público de personas y cosas" (fs. 92);

viii) que (fs. 92) "(...) la disposición de bienes del dominio público de la Ciudad requiere de una propuesta del Poder Ejecutivo con participación ciudadana y de una aprobación por parte de la Legislatura, y en ciertos casos, mediante procedimientos especiales como el de doble lectura";

ix) que son aplicables las siguientes normas: art. 80, inc. 2° a) y b), CCBA, que enumera dentro de las atribuciones de la Legislatura, la de legislar en materia de bienes públicos, ambiente y calidad de vida; art. 81, incs. 3° y 4°, CCBA, que respectivamente prevén que la Legislatura "[a]prueba y modifica los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación", y "[s]anciona, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad"; art. 82, inc. 5°, CCBA que establece que con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros, la Legislatura "[a]prueba toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad, por más de cinco años";

x) que (fs. 92 vta.) "[s]urge así evidente, en razón de tratarse de una concesión de casi treinta años para la construcción y explotación de un espacio del dominio público de la Ciudad de Buenos Aires que no se hallan cumplidos los procedimientos constitucionales con relación al uso y disposición de esos inmuebles, siendo por demás insuficiente a tales efectos (...) afirmar que se trata de un bien de dominio privado cuando (...) ese carácter solo determina una diferencia a la hora del régimen jurídico aplicable y éste no es disponible o elegible por el funcionario por sí y ante sí, debiendo cumplir con los procedimientos legales y constitucionales destinados a ese efecto";

xi) que de conformidad con el art. 89, CCBA (fs. 92 vta.) "(...) al tratarse de un espacio verde de uso público, en el ámbito de la Legislatura debe seguirse un procedimiento especial como es el de doble lectura";

xii) que el procedimiento de doble lectura incluye la publicación y convocatoria a una audiencia pública para que los interesados presenten reclamos y observaciones;

xiii) que tampoco se dio cumplimiento con las normas del CPU referidas a los denominados "Convenios Urbanísticos" ni tampoco se elevó propuesta alguna a la Legislatura para modificar el CPU a fin de desafectar el Inmueble del uso general para permitir su utilización a favor de un particular;

xiv) que (fs. 93 vta.) "(...) en materia de dominialidad, en la Ciudad de Buenos Aires, es la Legislatura la que decide y (...) el Poder Ejecutivo debe administrar esos bienes";

xv) que (fs. 93 vta.) "(...) el decreto impugnado demuestra (...) una incursión del Ejecutivo en facultades exclusivas de la Legislatura";

xvi) que aún si se considerara que el Inmueble se trata de un bien de dominio privado del Estado, ello no habilita a los funcionarios de la Administración para disponer de aquél; y

xvii) que correspondía citar en el expediente a los funcionarios del Gobierno intervinientes por advertirse la existencia de "falencias y debilidades" en el proceso de formación de la voluntad de la Administración (fs. 94).

3. El GCBA apeló la medida cautelar dictada en primera instancia (fs. 97/101 vta.). CBAS no interpuso recurso de apelación contra dicho pronunciamiento (véase fs. 147).

La Procuración sostuvo:

i) que (fs. 97 vta.) "(...) conforme el dictamen n° 37.469 del 14/7/2005, producido en el expte. adm. n° 23.577/05, en el cual se dictara el dec. 1197 del 9/8/2005, con relación a la situación dominial del inmueble objeto de autos, según el punto II.1.1. la misma pertenece al dominio privado de la Ciudad y no al dominio público como sostiene el actor según surge del informe de Escribanía General en la Providencia N° 1484-EGRAL-05, que luce a fs. 32/33 del mencionado expediente administrativo"; y

ii) que no se hallaban reunidos los requisitos de procedencia de la medida precautoria decretada.

4. La Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad revocó la decisión de grado, con costas por su orden (fs. 156/163). El decisorio fue suscripto por los jueces Russo, Centanaro y Daniele, quedando la mayoría conformada por los votos de los dos primeros.

El ministro Centanaro expresó (fs. 158) que "(...) más allá de la complejidad de la determinación del carácter dominial del predio, *a priori*, parecería que se trataría de un bien del dominio privado del Estado, por cuanto, ello surgiría de la providencia nº 1484 de la Escribanía General de la Ciudad, que se encuentra agregada en el legajo administrativo acompañado a estas actuaciones". A partir de este razonamiento, concluyó que el Sr. Devoto carecía de verosimilitud del derecho, requisito que a criterio del camarista debía apreciarse con estrictez atento la presunción de validez

de los actos estatales. Y agregó (fs. 158 vta.) que "(...) el actor, en este estado liminar del proceso, no ha acompañado ningún instrumento o prueba que pueda desvirtuar lo que, en principio, surgiría de los expedientes administrativos".

Por su parte, el juez Russo adhirió a la solución propuesta por el vocal Centanaro, y realizó una ampliación de fundamentos.

El magistrado resaltó que según la prueba obrante en autos, el proceso de construcción de un parque temático y de un parque acuático se encontraba detenido. Ello, pues CBAS había declarado desierta la licitación pública nº 50-CBAS-05, y con posterioridad —ya en el marco de una contratación directa— había dejado sin efecto la adjudicación a Aqualand Argentina S.A. por no haberse presentado la empresa a suscribir el correspondiente contrato dentro del plazo previsto en el pliego de bases y condiciones.

Por otro lado, el sentenciante entendió que la transferencia a CBAS de la propiedad fiduciaria del Inmueble no impedía que se cumpliera con el destino de espacio verde o área parquizada de uso público que la calificación UP significa. Y añadió que realizaba tal afirmación "(...) con prescindencia de que el predio pertenezca al dominio público o privado del Estado; cuestión propia de la decisión de fondo y —por lo tanto— ajena a este estadio liminar del proceso" (fs. 159).

Por fin, el ministro Russo expresó (fs. 159 vta.) que "(...) no se observa en autos una situación que pueda influir en el dictado de la sentencia o convertir su ejecución *(sic)* en ineficaz o imposible...".

5. Contra lo resuelto por la Cámara, el amparista dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 166/178).

En cuanto al carácter definitivo del fallo impugnado, el actor afirmó:

i) que la sentencia recurrida era susceptible del recurso de inconstitucionalidad, en virtud de lo previsto en el art. 22 de la ley 2145;

ii) que el decisorio atacado le permitía al GCBA transferir a CBAS un predio de dominio público de la Ciudad; y

iii) que como consecuencia de la resolución objetada, CBAS podrá "modificar el predio de manera tal de alterar su destino, cual es ser un espacio verde de acceso público" (fs. 39).

En relación con la existencia de un caso constitucional, el accionante sostuvo que el *a quo* afectó el principio de división de poderes, el "derecho de propiedad del Estado de la Ciudad" (fs. 176), las normas relacionadas con el cuidado del medio ambiente y las referidas al planeamiento urbano. Manifestó:

i) que (fs. 173) "(...) el primer voto del fallo [atacado] funda su conclusión desconociendo la ley vigente y aplicable..." pues el Código de Planeamiento Urbano derogó el carácter de dominio privado que según el GCBA tenía el Inmueble en virtud de los decs. 31.337/49 y el dec. ley 11.400;

ii) que al evaluarse la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora debió tenerse en cuenta que la CBAS no solicitó la transferencia del

Inmueble para respetar el carácter UP del Inmueble sino para desarrollar un emprendimiento comercial privado;

iii) que el Poder Ejecutivo dispuso de un bien del dominio público de la Ciudad, sin estar habilitado para ello y, en consecuencia, usurpando atribuciones de la Legislatura;

iv) que "[e]n nada modifica la situación el hecho de que la licitación haya quedado desierta y que la contratación directa posterior quedara sin efecto porque Aqualand Argentina S.A., así lo decidió" pues "(...) en virtud de la conducta anterior de la CBAS es dable presumir con certeza el destino que se le dará al Parque Ribera Sur" de no revocarse la sentencia de la Cámara (fs. 177); y

v) que se da en autos un supuesto de gravedad institucional dado que "[s]e encuentra en peligro la subsistencia de un Parque Público de 14 hectáreas fundamental para el desarrollo de un hábitat equilibrado y una calidad de vida del conjunto de los habitantes de la Ciudad" (fs. 171 vta.).

6. La Sala II no admitió el recurso de inconstitucionalidad del actor (fs. 208/210) por entender que el pronunciamiento impugnado no podía equipararse a uno de carácter definitivo.

7. Contra la resolución de fs. 208/210, el accionante presentó el recurso directo que tramita en autos (fs. 51/67).

8. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por considerar que la sentencia recurrida no era definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 (fs. 120/122 del expediente de la queja).

9. A fs. 124 se requirió a la Cámara que remitiera la documentación agregada a los autos "Devoto, Rubén Ángel c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales", expte. nº 21.309/1, la que se tuvo por recibida a fs. 129.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja del Sr. Devoto fue interpuesta en tiempo y forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio que habilita el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma contra una sentencia equiparable a definitiva dictada por el tribunal superior de la causa.

En cuanto al requisito de sentencia definitiva, el recurrente denuncia que la sentencia recurrida "(...) crea la existencia de un peligro cierto de que el Estado de la Ciudad y los habitantes de la misma pierdan un espacio verde de uso público, estratégico para el hábitat de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 167), y esa circunstancia justifica la equiparación pretendida.

3. El Sr. Devoto logra plantear —en este estado preliminar del proceso— agravios constitucionales vinculados con la afectación del régimen republicano de Gobierno basado en la división de poderes y con la vulneración del derecho a un ambiente sano.

Más allá de la determinación de la concreta situación dominial del Inmueble, éste es —de conformidad con el Código de Planeamiento Urbano— un espacio verde de uso público. Por lo tanto, en principio sólo una ley formal podría modificar ese destino.

Entonces, la posible invasión de competencias exclusivas de la Legislatura denunciada por el amparista, sumada a la necesidad de preservar un predio que figura en el CPU como distrito "Urbanización Parque", son razones suficientes para hacer lugar a la medida precautoria requerida en atención a la categoría de derechos afectados (de incidencia colectiva).

Por otra parte, si en autos se denegara la medida cautelar solicitada, se vaciaría de toda efectividad a la acción de amparo interpuesta aun cuando el accionante resultara vencedor al final del proceso. Ello, porque la conducta hasta ahora asumida por CBAS consistente en haber llamado a una licitación para la construcción y explotación en el Inmueble de un parque acuático y un parque temático, así como el posterior intento de efectuar una contratación directa a ese fin, evidencian que no es infundado el temor del actor de que se le dé al predio un destino diferente del que le corresponde (ser un espacio verde de uso público). Como dijo la camarista Daniele en su voto en minoría, esta conclusión no se ve alterada por "(...) la circunstancia de que la licitación pública 50-CBAS-05 haya sido declarada desierta y luego se haya efectuado una contratación directa con la empresa Aqualand Argentina S.A.; que finalmente haya sido dejada sin efecto [por] no haber comparecido la interesada a la firma del contrato" (fs. 162 vta.). La medida cautelar, en este sentido, garantiza que se no vacíe de efectividad a la tutela jurisdiccional solicitada y desarrolla las posibilidades del amparo como recurso judicial (conf. arg. art. 25, CADH), impidiendo que una situación de "hechos consumados" reste eficacia al proceso.

Por fin, también debe tenerse en cuenta el principio precautorio en materia ambiental (plasmado en el art. 4º, ley 25.675), según el cual "[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente". Como lo destacan María Eugenia Di Paola y José Esain, el mencionado principio "considera la necesidad de evitar el daño aún cuando no existe certeza respecto de su acaecimiento futuro, y se plantea frente al peligro que se produzca un daño grave o irreversible" (Di Paola, Eugenia, y Esain, José en: "La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño", *LL*, 2009-C, 471-490).

En conclusión, habiéndose constatado la existencia de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, la medida cautelar dispuesta por la jueza de grado tiende a garantizar la efectividad del proceso, sin que ello implique una declaración de certeza jurídica sobre ninguno de los aspectos de la disputa.

Debe, entonces, mantenerse la cautelar ordenada en primera instancia, para asegurar la vigencia de los derechos constitucionales invocados por el Sr. Devoto.

Por lo expuesto, corresponde: *i)* admitir la queja, *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *iii)* revocar la decisión recurrida y *iv)* confirmar la medida cautelar dictada a fs. 84/94 vta., con costas a la demandada. Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja obrante a fs. 51/67 ha sido interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, no puede ser admitido, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En primer lugar, se advierte que la recurrente no se dirige a cuestionar un pronunciamiento definitivo, conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. Ello así, dado que el remedio intentado pretende sostener el recurso de inconstitucionalidad que el actor interpusiera contra la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT que rechazó la pretensión cautelar solicitada en el marco de una acción de amparo iniciada con fecha 9/8/2006 (conf. fs. 16 vta., expte. n° 21.309/1); esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley de amparo local 2145.

En este sentido, resulta oportuno recordar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que, por regla general, "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*, 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* "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. n° 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. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; también *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/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001).

Las diversas referencias al art. 22 de la ley 2145 efectuadas por el recurrente en este punto no permiten arribar a una conclusión diferente, ya que la presente acción de amparo fue iniciada, como se destacara, con anterioridad a la vigencia de la aludida norma local y, conforme el art. 30 de ese plexo legal, "las acciones de amparo ya iniciadas y en trámite al momento de la entrada en vigencia de la presente ley continuarán su curso con la aplicación de las normas procesales a las que se encontraban sometidas". Por tal motivo, no resultan de aplicación al caso las reflexiones efectuadas en mi voto en minoría *in re* "Pérez Molet, Julio César s/queja

por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008.

3. Sentado lo expuesto, cabe añadir que la recurrente tampoco ha logrado demostrar que en el caso corresponda *equiparar* el decisorio impugnado a uno de naturaleza definitiva por los efectos que produce.

3.1. El pronunciamiento objetado rechazó la pretensión cautelar de la actora orientada, en esencia, a lograr que se prohibiese a la Corporación Buenos Aires Sur S.E. realizar cualquier tipo de construcción por sí o por terceros en el predio sito en la intersección de la Avenida General Paz y la calle 27 de Febrero de esta Ciudad y se ordenase la suspensión de todo procedimiento licitatorio, de adjudicación, suscripción de contratos y/o cualquier otro acto que tuviese como objeto la disposición o administración del inmueble de marras. Para decidir de este modo, el tribunal *a quo*, por mayoría (conf. votos de los jueces Centanaro y Russo), sostuvo que la actora no había logrado acreditar con suficiencia los distintos presupuestos necesarios para admitir este tipo de pretensiones accesorias. En particular, la Cámara afirmó que no se había logrado demostrar la existencia de un peligro de daño irreparable en la demora, toda vez que la licitación n° 50-CBAS-06 para la construcción y explotación de un parque acuático y temático en el predio había sido declarada desierta (conf. resol. 119-PCBAS-06) y que, con posterioridad, también se había dejado sin efecto una contratación directa con la empresa Aqualand S.A.; circunstancias que permitían entender que la construcción de un centro recreativo sobre los terrenos antes identificados se hallaba completamente detenida. Asimismo, en el pronunciamiento impugnado se sostuvo que la actora tampoco había logrado acreditar la verosimilitud del derecho invocado, en tanto del expediente administrativo acompañado surgían constancias que, *a priori*, resultaban contradictorias con la posición sustentada en el escrito de inicio —v. gr. calificación de los terrenos efectuada por la Escribanía General de la Ciudad.

3.2. Pues bien, la lectura del recurso intentado permite advertir que estos concretos razonamientos de la Cámara no han sido eficazmente rebatidos. Menos aún se ha demostrado que en el inmueble involucrado en autos se encuentren en curso de ejecución obras incompatibles con el uso regulado por el Código de Planeamiento Urbano para ese predio —conforme la calificación de *distrito Urbanización Parque* (UP) que le correspondería—, ni que tal estado de situación pueda verse alterado de manera inminente. Así entonces, del remedio intentado no se desprende concretamente cuál sería el peligro actual y de difícil reparación ulterior que se debe conjurar hasta tanto se sustancie la pretensión esgrimida y recaiga sentencia definitiva sobre la cuestión litigiosa.

3.3. Por otra parte, cabe resaltar que las diversas normas constitucionales invocadas por la quejosa (arts. 5°, 17 y 42, C.N. y los arts. 1º, 26, 27, 29, 30, 82, 84, 89 y 90, CCBA), en rigor, no guardan relación directa e inmediata con

la resolución cuestionada en esta ocasión. En efecto, debido al estado en que se encuentra el proceso, ninguna decisión relevante ha recaído en torno al *régimen jurídico* que debe aplicarse al inmueble en cuestión. Y en tanto el objeto del presente juicio remite básicamente al examen de validez del dec. 1197/05 que transfirió a la CBAS la propiedad fiduciaria del inmueble de marras (y de las normas y actos dictados en consecuencia), los planteos propuestos a partir de la invocación del plexo constitucional antes referido, en principio, podrán ser abordados al momento de dictarse la sentencia definitiva, de llegarse a entender que el actor ha logrado presentar un *caso* o *controversia* susceptible de ser ventilado en sede judicial por la vía del amparo.

4. Finalmente, la mera invocación de la causal de gravedad institucional no permite soslayar que no se ha demostrado de qué manera la decisión que rechazó la medida cautelar referida incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución (conf. doctrina de *Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

Por los motivos expuestos, entiendo que en el caso corresponde rechazar la queja intentada por el señor Rubén Ángel Devoto.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja planteada por el accionante debe ser rechazada ya que no rebate adecuadamente los fundamentos expuestos en el pronunciamiento recurrido por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad: ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal.

Por lo tanto, no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). Ello obsta a la procedencia de la queja deducida puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

2. En lo atinente al requisito de *sentencia definitiva,* este Tribunal ha señalado anteriormente que "[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*..." (*in re* "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. n° 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. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; también *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/recurso de inconstitucionalidad concedido en: 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001).

3. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea *equiparable a una sentencia definitiva.*

En su intento de acreditar la existencia de una sentencia equiparable a definitiva, el recurrente sostiene que la resolución provoca un perjuicio concreto al permitir que el Gobierno porteño perfeccione la transferencia del predio a la Corporación Buenos Aires Sur S.E., lo que habilitaría a dicha empresa estatal a modificar el predio de manera tal de alterar su destino, cual es ser un espacio verde de acceso público; y que existe un peligro cierto de que el Estado de la Ciudad y los habitantes de la misma pierdan un espacio verde de uso público, estratégico para el hábitat de la Ciudad de Buenos Aires, habida cuenta que en el pasado han intentado entregar el inmueble por 30 años a una empresa privada —Aqualand S.A.— para que lo explote comercialmente (véase recurso de inconstitucionalidad —fs. 38 vta./39— y recurso de queja —fs. 51 vta./52 vta. y 58/59 vta.—).

Las afirmaciones del recurrente no logran demostrar que exista un perjuicio de carácter irreparable, ya que no individualizan ninguna situación o hecho concreto y actual que permita presumir que exista un riesgo cierto e inminente que el predio sea utilizado para fines contrarios a los previstos en el Código de Planeamiento Urbano. El hecho que haya habido una licitación para concesionar la explotación comercial del predio, no permite considerar que la funcionalidad del predio esté amenazada por un peligro actual e inminente, justamente porque dicha licitación —como lo reconoce la propia actora— ha fracasado.

Para conceder o rechazar una medida cautelar, los magistrados deben evaluar cuál es la situación fáctica existente al mismo momento de sentenciar. Justamente, la provisionalidad que caracteriza a la tutela cautelar permite que la decisión del juez pueda variar en el futuro, si las circunstancias de hecho se modifican, y de tal manera una medida cautelar rechazada puede ser posteriormente concedida, o bien una concedida puede ser posteriormente dejada sin efecto, e incluso una medida precautoria determinada puede ser sustituida o modificada en el futuro para garantizar de mejor manera los derechos de las partes.

Por lo tanto, podemos afirmar que en la actualidad no existe una situación de peligro concreto y actual que permita suponer que la denegatoria de la medida generaría un perjuicio de carácter irreparable. La ausencia de este requisito —existencia de sentencia equiparable a definitiva— impide la apertura de la presente vía recursiva extraordinaria, lo cual no impide que en el futuro la situación pueda ser modificada si cambian las circunstancias de hecho.

Esta posibilidad con que cuenta el recurrente de poder replantear la medida cautelar en el futuro, si las circunstancias de hecho se modifican, impide considerar que exista en este momento un perjuicio de carácter irreparable.

4. Las falencias reseñadas precedentemente no pueden ser suplidas mediante la invocación de la doctrina de la *gravedad institucional,* ya que por esta vía no es posible sustituir la inexistencia de la sentencia definitiva o equiparable que exige el art. 27 de la ley 402.

La causal de gravedad institucional permite obviar la inexistencia o irregularidad de ciertos requisitos particularmente formales del recurso de inconstitucionalidad o el recurso extraordinario federal, pero de ninguna manera habilita a provocar una intervención prematura de este Tribunal cuando aún no se ha dictado una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Y además, este supuesto se configura sólo cuando lo decidido excede el interés de las partes y atañe también al de la colectividad (*Fallos,* 247:601; 255:41; 290:266; 292:229; entre otros), o compromete instituciones básicas de la Nación (*Fallos,* 307:973) o el Estado local, lo que no ocurre en este caso.

5. En consecuencia, voto por rechazar la queja articulada por el accionante.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como señalan mis colegas preopinantes, jueces José O. Casás y Ana María Conde, el pronunciamiento a cuya revisión se aspira no es definitivo (véase punto 2 y sus citas de los respectivos votos). A su vez, el recurrente tampoco muestra la existencia de algún perjuicio irreparable que permita equipararlo a una decisión de esa especie.

En consecuencia, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja planteada por el accionante.

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 por el Sr. Rubén Ángel Devoto.

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

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

CLXVII

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LAVÍA, EDMUNDO MARIO C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/REVISIÓN DE CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Gravamen concreto y actual.
CESANTÍA: Reembolso de sumas percibidas. Pronunciamiento *extra petita*. Principio de congruencia. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. El eventual reembolso de las sumas obladas en exceso por el Consejo de la Magistratura, no formaba parte del objeto del proceso, desde que el accionante solicitó que se dejara sin efecto la sanción de cesantía que le impusieron los actos impugnados, sin requerir en forma subsidiaria —para el supuesto que se rechace su pretensión principal y se confirme la cesantía— que se declare la improcedencia de eventuales reembolsos pecuniarios que pudiera pretender el Consejo de la Magistratura, de modo que la Cámara debía limitarse a resolver la única pretensión introducida por el accionante —nulidad de la cesantía—, y cualquier decisión que hubiera adoptado sobre otros aspectos no pedidos en la demanda, hubiera constituido una sentencia *extra petita* violatoria del principio de congruencia y el derecho de defensa del afectado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Al igual que ocurre con cualquier recurso procesal, los de inconstitucionalidad y queja solo pueden ser interpuestos por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

3. Para determinar cuál es el razonamiento jurídico que sostiene una resolución judicial, debe relacionarse lo expuesto en los considerandos con lo resuelto en la parte dispositiva y si existe algún argumento expuesto por el órgano judicial que no conduce lógicamente a la decisión que adopta, éste debe considerarse introducido *obiter dictum*, como una reflexión adicional que no forma parte del *holding* o estructura del fallo, motivo por el cual no genera los efectos de la cosa juzgada ni causa agravio alguno a las partes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Si la Cámara se limitó a rechazar el recurso de revisión, y nada resolvió respecto del eventual reembolso de las sumas percibidas por el actor en concepto de adicional por título, ni de los aportes y contribuciones por cargas sociales obladas de más, la demandada no puede agraviarse de un considerando de la sentencia, cuando la parte resolutiva le dio enteramente la razón, al definir la cuestión de fondo conforme su postura defensiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Debe revocarse la sentencia de Cámara que revocó el acto impugnado que encomendó a la Dirección de Programación y Administración Contable del Consejo

de la Magistratura, que determinase el monto de las sumas percibidas indebidamente por el sumariado en concepto de adicional por título —desde el momento de su ingreso—, como así también la suma resultante de la incidencia por los aportes y contribuciones en concepto de cargas sociales, a efectos de efectuar los futuros cargos con el objeto de tramitar su devolución por parte del sancionado. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6924/09 - 14/7/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Edmundo Mario Lavía interpuso recurso directo contra las resols. 991/04 y 178/05 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CM), y solicitó que se deje sin efecto la cesantía que le impusieron los actos administrativos impugnados (fs. 1/16).

Explicó, en su presentación, que mediante los precitados actos administrativos, el CM resolvió declararlo cesante por las siguientes causas: haber acreditado estudios secundarios mediante un título falsificado; haber accedido al cargo que ocupó y percibido indebidamente el correspondiente salario sin poseer título secundario; haber percibido el adicional por título secundario desde agosto de 2001; y haber falseado las declaraciones juradas correspondientes al concurso dispuesto mediante resol. CM 308/02, y al censo dispuesto mediante resol. CM 318/03.

Manifestó que no ha falseado ningún título ni declaración jurada alguna, y que le impusieron sanciones por cargos respecto de los cuales ya había transcurrido el plazo de prescripción. Denunció, asimismo, haber sido sujeto pasivo de persecución política y acoso, a partir del cambio de autoridades del CM, en el año 2002.

Solicitó, como medida cautelar, la suspensión de la sanción; formuló reserva del caso federal; y ofreció prueba documental, informativa y pericial médica.

2. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y correr traslado de la presentación (fs. 36/38).

Posteriormente, el CM contestó el traslado conferido (fs. 41/61). Manifestó que durante el transcurso del año 2003, en la tramitación de un sumario, se observaron irregularidades en el certificado analítico de un agente. A partir de este hecho, mediante resol. 88/03 se dispuso que en el plazo de 10 (diez) días, el personal del CM presente el original del título que posea. Manifestó que el actor, a pesar de haber sido debidamente notificado, no dio cumplimiento con lo allí dispuesto en el plazo establecido.

Agregó que el señor Lavía, al ingresar al Poder Judicial de la Ciudad, adjuntó un certificado analítico que da cuenta de la aprobación de las asignaturas de la carrera

Especialización en Óptica, y se adjudicó unilateralmente el título de Óptico Técnico en todas las declaraciones juradas presentadas. Asimismo, percibió desde agosto de 2001 un adicional del 10 % de sus haberes por título secundario, que no poseía.

Por último, destacó que la institución educativa que expidió el certificado de Experto en Óptica a favor del actor informó, en el marco del sumario CM 149/03, que dichos estudios no tienen el alcance de estudios secundarios completos o de nivel medio.

En virtud de la gravedad de estos hechos se dispuso, mediante resol. CM 56/04, la instrucción de un sumario al actor, que posteriormente culminaría con su cesantía.

Formuló reserva del caso federal; se opuso a la prueba pericial médica ofrecida por el actor, por considerarla improcedente; y ofreció prueba documental, pericial caligráfica e informativa.

3. La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero resolvió rechazar el recurso directo interpuesto por el señor Edmundo Mario Lavía (fs. 133/136). Para así decidir, en primer lugar rechazó el planteo de prescripción, por considerar que la incompatibilidad del actor es de comisión continuada; y con relación al fondo, consideró que el título de Experto en Óptica "en modo alguno tiene el alcance o resulta equivalente a un secundario completo o de nivel medio tal como lo explica el rector de la Escuela Técnica Nº 11 D. E. 6" (fs. 135 vta).

En lo que aquí interesa, la Cámara agregó, en la parte expositiva de su fallo (considerando 5), que "independientemente de la existencia del vicio que afectó de nulidad el acto de designación del actor como Jefe de Departamento del área Recursos Humanos por el concurso respectivo, las funciones fueron efectivamente prestadas por el sancionado, no mereciendo reproche administrativo en cuanto a su ejercicio concreto en esta causa, motivo por el cual, no corresponde ahora exigir el reembolso de las sumar *(sic)* percibidas en concepto de adicional por título, ni los aportes y contribuciones por cargas sociales obladas de más" (fs. 136).

4. El CM interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara (fs. 137/143), "en tanto entiende que no corresponde exigir al Dr. Lavía el reembolso de las sumas percibidas en concepto de adicional por título, ni los aportes y contribuciones por cargas sociales obladas de más" (fs. 137).

Afirmó que lo entendido por la Sala II, en el considerando 5 del resolutorio, vulnera el principio de congruencia, por decidir cuestiones no planteadas por las partes; atenta contra el derecho de defensa y la garantía de debido proceso que le asisten, como así también contra el erario público; y se aparta del derecho vigente sin dar razón para ello, motivo por el cual la sentencia deviene, en este punto, arbitraria.

Afirmó que los sentenciantes resolvieron una cuestión que no fue objeto de litigio y, por tanto, el CM se vio privado de argüir las defensas correspondientes.

Asimismo, expresó que "si bien la conclusión a la que arriba la Sala en el considerando 5, no fue sostenida luego en el resuelvo, la cuestión resulta ser equi-

parable a la decisión final, toda vez que de tal argumentación, surge una decisión definitiva sobre aquella que trata" (fs. 141). Si bien el acto cuestionado no fue anulado por la alzada (y como tal goza de fuerza ejecutoria), en el entendimiento de que "los considerandos de una sentencia integran la misma, residiendo la cosa juzgada tanto en la parte dispositiva como en sus fundamentos, de ser opuesto por el actor tal argumento como defensa al serle reclamadas las sumas indebidamente percibidas, y seguirse el criterio doctrinario antes expuesto, esta parte habrá visto perdida la oportunidad de defenderse debidamente en legal tiempo y forma, en caso de no interponer el presente" recurso (fs. 141).

La impugnación constitucional fue contestada por la actora (fs. 145/147).

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada, por entender que se trata de una cuestión relativa al análisis de los hechos y la prueba, ajena al ámbito del recurso intentado.

Asimismo, destacó la Cámara, que si bien rechazó el recurso directo interpuesto por el señor Edmundo Lavía, en lo relativo a la sanción de cesantía, revocó parcialmente las resoluciones impugnadas por el actor, en cuanto habían encomendado a los órganos correspondientes del CM que determinasen el monto de las sumas por él percibidas indebidamente, a efectos de efectuar futuros cargos, con el objeto de tramitar su devolución. En este sentido expresó que "en cuanto el actor solicitó mediante la interposición de la presente acción, la nulidad del acto administrativo en cuestión, el tribunal se hallaba habilitado a revocarlo, o confirmarlo total o parcialmente. De allí que el agravio tendiente a cuestionar la decisión por la que se revocó parcialmente, refleja en rigor, una mera disconformidad con el sentido de la decisión adoptada" (fs. 149).

6. El CM interpuso recurso de queja contra la denegatoria de la impugnación constitucional (fs. 170/179).

A fs. 192/194 el señor fiscal general adjunto propició la admisión de la queja interpuesta por la demandada.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), y contiene una crítica fundada y acertada de la resolución de Cámara que desestimó el recurso de inconstitucionalidad deducido por el CM, lo que amerita su apertura.

En efecto, y como veremos a continuación, la mencionada resolución denegatoria incurrió en graves falencias que justifican la presentación y admisión de la presente queja.

1.1. En la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II de la Cámara sostuvo que si bien rechazó el recurso directo interpuesto por el señor Edmundo Lavía en lo relativo a la sanción de cesantía,

revocó parcialmente las resoluciones impugnadas por el actor en cuanto habían encomendado a los órganos correspondientes del CM que determinasen el monto de las sumas por él percibidas indebidamente, a efectos de efectuar futuros cargos, con el objeto de tramitar su devolución.

Al realizar dicha afirmación, la Cámara incurre en una extralimitación de sus competencias, al interpretar en forma incorrecta y extemporánea el alcance de la decisión adoptada previamente:

a) en primer lugar, cabe destacar que la parte resolutiva de la sentencia que rechazó el recurso de revisión del accionante no dispuso ninguna revocación parcial de la resol. CM 991/04, lo que torna falaz lo manifestado por el *a quo*;

b) si la intención de la Cámara era rectificar un error material de su decisión anterior, o suplir una omisión en que había incurrido en la parte resolutiva, esa no era la oportunidad procesal para hacerlo, ya que debía limitarse a conceder o denegar el recurso de inconstitucionalidad, y no a aclarar los términos de su anterior decisión, puesto que había precluido su competencia para expedirse sobre la cuestión de fondo y ninguna de las partes había solicitado aclaratoria.

1.2. Aunque la Cámara hubiera tenido la intención de expedirse sobre el eventual reembolso de las sumas obladas en exceso por el Consejo de la Magistratura, lo cierto es que no podía hacerlo ya que ese punto no formaba parte del objeto del proceso, tal como lo habían fijado las partes en sus escritos constitutivos.

El accionante, al explicar cuál era el objeto de su demanda, solicitó "a V.E. que, en mérito a las consideraciones que seguidamente se formularán, deje sin efecto la sanción de cesantía que me impusieron los actos impugnados" (fs. 1). Es decir, sólo impugnó el art. 1º de la resol. 991/04 mediante el cual se le aplicó la sanción, pero no solicitó en forma subsidiaria —para el supuesto que se rechace su pretensión principal y se confirme la cesantía— que se declare la improcedencia de eventuales reembolsos pecuniarios que pudiera pretender el Consejo de la Magistratura.

Por lo tanto, la Cámara debía limitarse a resolver la única pretensión introducida por el accionante —nulidad de la cesantía—, y cualquier decisión que hubiera adoptado sobre otros aspectos no pedidos en la demanda, hubiera constituido una sentencia *extra petita* violatoria del principio de congruencia y el derecho de defensa del afectado.

2. Sentado lo expuesto, corresponde ahora analizar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el CM, que presenta una falencia insalvable: la ausencia de un perjuicio o gravamen personal y concreto.

2.1. Al igual que ocurre con cualquier recurso procesal, los de inconstitucionalidad y queja solo pueden ser interpuestos por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada [conf. mi voto en "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'",

expte. nº 5864/08, y su acumulado "Mazzucco, Paula Virginia y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mazzucco, Paula Virginia y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. n° 5868/08, sentencia del 1º/12/2008].

El recurrente debe acreditar la existencia de un interés personal y jurídico que justifique la intervención de este Tribunal, porque de lo contrario se estaría en presencia de una cuestión abstracta o promovida en el solo interés de la ley, que es por esencia ajena al normal cometido de los jueces (conf. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, p. 42, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992). La existencia de este requisito común a cualquier recurso, debe ser ponderado con carácter previo e ineludible.

Ahora bien, el presente proceso fue iniciado por el Sr. Edmundo Mario Lavía, en los términos del art. 464 CCAyT, a fin que se deje sin efecto su cesantía dispuesta por las resols. 991/04 y 178/05 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Cámara resolvió "rechazar el recurso directo interpuesto contra la resol. CM 991/04 con costas a la vencida" (fs. 136 vta.).

Como podemos apreciar, el actor dedujo una sola pretensión, que fue rechazada totalmente por el *a quo,* tal como surge de la parte dispositiva de su sentencia. La postura defensiva del Consejo de la Magistratura ha triunfado, y por ende la demandada no puede invocar ningún gravamen o perjuicio resultante de la decisión judicial.

2.2. La demandada centra sus críticas en el considerando 5° de la sentencia impugnada, donde el *a quo* sostuvo que "independientemente de la existencia del vicio que afectó de nulidad el acto de designación del actor como Jefe de Departamento del área Recursos Humanos por el concurso respectivo, las funciones fueron efectivamente prestadas por el sancionado, no mereciendo reproche administrativo en cuanto a su ejercicio concreto en esta causa, motivo por el cual, no corresponde ahora exigir el reembolso de las sumar *(sic)* percibidas en concepto de adicional por título, ni los aportes y contribuciones por cargas sociales obladas de más" (fs. 136).

Para determinar cuál es el razonamiento jurídico que sostiene una resolución judicial, debe relacionarse lo expuesto en los considerandos con lo resuelto en la parte dispositiva. Si existe algún argumento expuesto por el órgano judicial que no conduce lógicamente a la decisión que adopta, dicho argumento debe considerarse introducido *obiter dictum*, como una reflexión adicional que no forma parte del *holding* o estructura del fallo, motivo por el cual no genera los efectos de la cosa juzgada ni causa agravio alguno a las partes.

El considerando 5° de la sentencia reviste la condición detallada precedentemente: constituye una afirmación realizada por el *a quo* pero que no conduce a ninguna decisión judicial, ya que la Cámara se limitó a rechazar el recurso de revisión, y nada resolvió respecto del eventual reembolso de las sumas percibidas por el actor en concepto de adicional por título, ni de los aportes y contribuciones por cargas sociales obladas de más.

En conclusión: no puede agraviarse la demandada de un considerando de la sentencia, cuando la parte resolutiva le dio enteramente la razón, al definir la cuestión de fondo conforme su postura defensiva.

3. En virtud de lo expuesto, voto por abrir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Consejo de la Magistratura.

Las costas del recurso de inconstitucionalidad deberán imponerse por su orden, habida cuenta que la parte demandada podía considerarse con derecho a recurrir (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en tiempo y forma dirige una crítica adecuada contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad plantea un genuino caso constitucional al centrar los agravios en una posible violación del principio de congruencia, que remite al derecho de defensa en juicio, a la garantía del debido proceso y a los límites propios de la labor jurisdiccional, cuyos contornos son precisados por el principio dispositivo y por las normas adjetivas que regulan la actividad judicial (conf. inc. 6°, art. 145, CCAyT: "La sentencia definitiva de primera instancia [y de cualquier instancia, agrego] debe contener: la decisión expresa, positiva y precisa, *de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio…*" (el destacado me pertenece).

El interés del impugnante en cuanto a la certeza y precisión del fallo justifica la interposición del recurso en análisis.

Si bien la cuestión tiene, en el aspecto locutorio del discurso que traen los agravios, estatura de caso constitucional, las circunstancias de la causa muestran que la decisión recurrida no lesiona las garantías indicadas en el párrafo anterior (el derecho de defensa y la garantía del debido proceso). En este sentido los aparts. 2.1 y 2.2 de los considerandos del voto de la señora jueza de trámite, que hago míos, despejan cualquier incertidumbre acerca de los alcances de la decisión del tribunal superior de la causa.

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que las precisiones que introduce la Dra. Conde sobre el contenido de la sentencia impugnada se originan en la circunstancia de que la Cámara sin necesidad ni fundamento, incluye en el fallo cuestiones que no fueron sometidas a su decisión. Aun cuando técnicamente el considerando nº 5 de la sentencia recurrida no incide en sus consecuencias, es atendible la preocupación que expresa el recurrente frente a la sentencia impugnada, y adecuado que el Tribunal Superior de Justicia asuma el tratamiento de un tema de contornos difusos tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.

Los argumentos precedentes, tornan abstractos los demás agravios del recurso.

Por los términos vertidos en la sentencia impugnada, el recurrente pudo entender que se justificaba la interposición de recurso, y en atención a esta circunstancia, las costas deben ser distribuidas en el orden causado.

En síntesis, de lo dicho se sigue que la queja es procedente y el recurso de inconstitucionalidad aunque admisible, debe ser rechazado con costas por su orden. Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo afirma en el punto 1 de su voto la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, el recurso de queja interpuesto por el Consejo de la Magistratura resulta admisible, en tanto el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la Sala II de la Cámara CAyT presenta deficiencias que deben ser objeto de consideración por parte del Tribunal —como juez del apuntado remedio recursivo previsto en el art. 113, inc. 3º, CCBA.

2. Sin embargo, al ingresar en el tratamiento de los planteos vertidos en recurso de inconstitucionalidad intentado, se advierte que dicha vía no puede prosperar, por cuanto no es posible constatar que los agravios esgrimidos por el Consejo a partir de la invocación del derecho de defensa y la garantía del debido proceso —supuestamente vulnerados por la sentencia de la Cámara— resulten idóneos para configurar un caso constitucional que guarde relación directa con lo decidido en la causa.

En efecto, la Sala II de la Cámara CAyT resolvió "(r)echazar el recurso directo interpuesto [por el actor, Sr. Edmundo M. Lavía] contra la resol. CM 199/04, con costas a la vencida" (fs. 133/136 vta.); es por ello que, tal como lo destaca en su voto mi colega la doctora Ana María Conde, no es posible identificar un gravamen concreto y actual en cabeza de la demandada que permita habilitar la vía excepcional del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

Por las consideraciones expuestas, adhiero a la solución que propicia en su voto la señora jueza de trámite, consistente en admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, con imposición de costas en el orden causado.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Nos encontramos en presencia de actuaciones que causan perplejidad al observador.

La parte de la sentencia de Cámara formulada como dispositiva, que luce a fs. 133/136 vta., se circunscribe a "[r]echazar el recurso directo interpuesto contra la resol. CM 991/04 con costas a la vencida —conf. art. 62 CCAyT"; no obstante lo cual el Tribunal emisor expuso en oportunidad de denegar el recurso de inconstitucionalidad articulado contra dicha decisión que "la sentencia de [ese] tribunal revocó el acto impugnado, en cuanto éste había encomendado 'a la Dirección de Programación y Administración Contable del Consejo de la Magistratura, que

determina[se] el monto de las sumas percibidas indebidamente por el sumariado en concepto de adicional por título —desde el momento de su ingreso—, como así también la suma resultante de la incidencia por los aportes y contribuciones en concepto de cargas sociales, a efectos de efectuar los futuros cargos con el objeto de tramitar su devolución por parte del sancionado'" (fs. 148). Con ello venía a dar razón a la prevención con que el CM leyó el considerando de la sentencia de fs. 133/136 que dice así: "…independientemente de la existencia del vicio que afectó de nulidad el acto de designación del actor como Jefe de Departamento del área Recursos Humanos por el concurso respectivo, las funciones fueron efectivamente prestadas por el sancionado, no mereciendo reproche administrativo en cuanto a su ejercicio concreto en esta causa, motivo por el cual, no corresponde ahora exigir el reembolso de las sumar [*sic*, *rectus:* sumas] percibidas en concepto de adicional por título, ni los aportes y contribuciones por cargas sociales obladas de más" (fs. 136).

A fin de establecer el alcance que cabe asignar a la sentencia de fs. 133/136 vta. corresponde, por tratarse de una cuestión cuya apreciación compete, como principio, privativamente a los jueces de mérito, estar a la interpretación que el *a quo* formuló de su propio pronunciamiento que, como dije, estimó comprendía la nulidad de un aspecto del acto en cuestión, aun cuando ello no se desprendía expresamente de los términos empleados en la sentencia. Siendo ello así, aquello que el recurrente teme —imposibilidad de reclamar en el futuro el reembolso de las sumas que, eventualmente, estimase erogadas de más— se ha anunciado con un grado de certeza que justifica considerar actual el perjuicio por él invocado.

2. A la luz de esta lectura del *a quo* corresponde analizar los agravios del CM.

Para resolver del modo en que resulta de la unión de elementos de las actuaciones a que me referí en el punto anterior, la Cámara asumió que se hallaba ante un acto del Consejo de la Magistratura que había ordenado devolver dinero, acto que el CM niega haber dictado en estos términos: "…al momento de dictarse la resol. CM 991/04, no se habían efectuado cargos al actor con el objeto de tramitar el reclamo para la devolución de las sumas indebidamente por él percibidas" (fs. 141 vta.). A partir de allí, el CM sostiene que los jueces de mérito se habrían expedido prematuramente acerca de la autoridad del CM para emitir válidamente un acto de ese contenido; a lo que agrega que la cuestión relativa a la procedencia del reclamo de reembolso de las sumas percibidas por el Sr. Lavía no fue materia de debate en los presentes actuados (fs. 141/141 vta.).

El tratamiento expresado en la sentencia de fs. 133/136 vta. sobre el punto consistió en el párrafo transcripto en el punto 1 del presente voto, mientras que la pretensión del actor en la que debió encontrar sustento a su jurisdicción fue descripta por la sentencia impugnada en estos términos "[c]orresponde conocer en el recurso de revisión interpuesto por Edmundo Mario Lavía […] a través del

cual solicita la revocación de la resol. CM 991/04 que oportunamente le impuso la sanción de cesantía" y detalló los planteos formulados por el Sr. Lavía en apoyo de tal pretensión (véanse fs. 133 y ss.).

En tales condiciones, la sentencia, más allá del mérito de los fundamentos desarrollados en el punto 5 de su pronunciamiento de fs. 133/136 vta. —transcriptos en el segundo párrafo del punto anterior—, no suministra explícita ni implícitamente razones que sustenten la tesis según la cual la cuestión estaba comprendida en la litis. Por su parte, el CM pone acabadamente de resalto que la manera en que obró el *a quo* le impidió ejercer defensas conducentes para incidir en el modo en que la cuestión debía ser resuelta, v. gr. las vinculadas a que el acto carecía del alcance que le asignó la Cámara, la relativa a que aquello que se buscaría con el pedido de reembolso no sería "…la devolución de las sumas percibidas por el ejercicio del cargo y el desempeño de la función de Jefe de Departamento, es decir, el sueldo básico, sino de aquellas sumas percibidas en concepto de adicional por título que son independientes a la función ejercida" (fs. 141 vta./142).

Lo dicho, en suma, conduce a hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, revocar la sentencia de Cámara en cuanto "revocó el acto impugnado, en cuanto éste había encomendado 'a la Dirección de Programación y Administración Contable del Consejo de la Magistratura, que determina[se] el monto de las sumas percibidas indebidamente por el sumariado en concepto de adicional por título —desde el momento de su ingreso—, como así también la suma resultante de la incidencia por los aportes y contribuciones en concepto de cargas sociales, a efectos de efectuar los futuros cargos con el objeto de tramitar su devolución por parte del sancionado'" (fs. 148).

Finalmente, cabe señalar que, si bien la solución a que arribo demandaría, normalmente, requerir los autos principales, en tanto mi voto constituye, conforme al resultado que surge del acuerdo, una posición de minoría, resulta superfluo avanzar en tal sentido.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* y *rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CLXVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CALISAYA, EDMUNDA NÉLIDA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. MEDIDAS CAUTELARES: Monto de la obligación.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja por ausencia de sentencia definitiva o equiparable, en tanto la decisión cautelar que se pretende poner en crisis deja sin especificar el monto de la obligación fijada en cabeza del GCBA; circunstancia que permite entender que esa medida no ha sido plenamente dispuesta, pues ha quedado librado a una futura decisión la previsible controversia acerca del monto que debe desembolsar la demandada, cifra no líquida ni referida, por el momento, más que por medio de características que permiten múltiples concreciones. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. El quejoso no logró acreditar que la ampliación de la medida cautelar impida su intervención útil en el proceso o le cause algún gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior que permita equiparar el decisorio en crisis a una sentencia definitiva, sino que, por el contrario, el anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión de la accionante es coherente con la efectividad de la acción de amparo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La sentencia recurrida debe considerarse equiparable a definitiva, pese a tratarse de una medida cautelar, por afectar gravemente el derecho de defensa de la parte demandada al no definir con claridad cuál es la conducta a adoptar por las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires en la ocasión, generándole una gravamen irreparable, en atención a la falta de una condena expresada en términos concretos, disponiendo genéricamente sobre pautas de excesiva latitud e imprecisión y sin reparar en las particularidades de la causa, circunstancia que resulta suficiente para descalificar el fallo como acto judicial válido, configurándose un caso constitucional centrado en la arbitrariedad de sentencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6759/09 - 14/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Edmunda Nélida Calisaya —por derecho propio y en representación de sus dos hijos menores de edad— promovió acción de amparo contra el Gobierno

de la Ciudad de Buenos Aires – Ministerio de Derechos Humanos y Sociales (en adelante GCBA), con el objeto de que se la incorpore —junto a su grupo familiar— en alguno de los programas de emergencia habitacional que se encuentre vigente en el ámbito del GCBA. Planteó, además, la inconstitucionalidad del tope fijado en el dec. 690/06 y de los arts. 22 y 23 de la ley 2145, en cuanto reducen los plazos para la interposición del recurso de inconstitucionalidad y de queja (fs. 78/92 vta.).

Con la demanda, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar que dispusiese —mientras durase la tramitación de la causa— su inclusión en los programas de emergencia habitacional, acorde a la situación familiar que planteó (situación de calle).

2. El juez de primera instancia accedió a la cautela requerida por la parte actora "…ordenando al Ministerio de Derechos Humanos y Sociales dependiente del GCBA que se otorgara alojamiento a los actores o fondos suficientes para acceder a tal prestación…" (véase fs. 51 vta., punto III del relato del pronunciamiento de fecha 10/6/2006). Tal decisión fue acatada por el GCBA; por lo que la actora —y su grupo familiar— fue reingresado al Programa de Emergencia Habitacional previsto en el dec. 690/06 (véase fs. 51 vta., punto III antes citado y lo manifestado por la demandada a fs. 24, punto II).

3. Encontrándose las actuaciones en la Sala II de la Cámara CAyT—con motivo de la apelación deducida por el GCBA contra la sentencia dictada por el juez de grado que hizo lugar a la acción de amparo— la alzada dispuso, a pedido de la parte actora (véase fs. 98 y vta.), la ampliación de la medida cautelar oportunamente decretada en primera instancia. En este sentido, condenó al GCBA a que "…a través del órgano pertinente del Ministerio de Desarrollo Social (o el que en el futuro lo reemplace), adopte los recaudos necesarios a fin de que se le asigne a la amparista un subsidio habitacional que le permita abonar —en forma íntegra— el valor de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se resuelva la apelación deducida contra la sentencia de fondo o, en su caso, cesen las circunstancias fácticas que justifican provisoriamente acceder a la tutela solicitada…" (fs. 47/48 vta.).

Para así decidir, señaló, primeramente, que se encontraban acreditados los presupuestos para el dictado de una medida precautoria: la verosimilitud en el derecho y la existencia del peligro en la demora. El primero de ellos, a juicio del *a quo*, venía acreditado por las normas de la Constitución local que "…reconocen el derecho de los ciudadanos a una vivienda digna y a un hábitat adecuado…" (fs. 47 vta.); y, el segundo, por las circunstancias en que se hallaba la Sra. Calisaya: situación de calle, dos hijos menores de edad a su cargo, y problemas de salud (miocardiopatía dilatada y mal de Chagas). Frente a tales circunstancias, concluyó que la ayuda prevista en el dec. 690/08 (y sus modificatorios) resultaría insuficiente para salvaguardar cautelarmente, la —*prima facie* acreditada— situación de precariedad de la actora y su grupo, por lo que entendió que para resguardar adecuadamente los derechos constitucionales cuya afectación se había considerado verosímil, correspondía

"… condenar al GCBA a abonar a la demandante la suma necesaria para solventar el precio de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad.// Ello, claro está, sin perjuicio de la decisión que pudiere adoptarse para el caso de que, ante la existencia de controversia entre las partes, se sometiese a decisión del tribunal la cuestión atinente al monto concreto del beneficio…" (fs. 48 vta.).

4. Contra esa ampliación, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 35/45). En él sostuvo que la decisión de la Cámara aun cuando no era la definitiva, resultaba equiparable a tal porque le producía un perjuicio de imposible reparación ulterior, "…por cuanto el subsidio habitacional que ordena abonar la Sala II tiene efectos irreversibles para la Ciudad, por cuanto el Tribunal al no fijar monto alguno, y sin límite temporal, permite que en este caso particular, el amparista obtenga un beneficio dinerario que aumentará indefinidamente afectándose de tal forma el derecho de propiedad de mi mandante, por cuanto ello incide de manera gravosa en el presupuesto de la Administración…", pues —según manifestó— no existía "…ninguna posibilidad jurídica por parte del GCBA que dichas sumas puedan ser recuperadas…" (fs. 37 vta./38). Además, argumentó que la alteración del monto del subsidio implicaba directamente implementar una normativa en materia de subsidios, olvidando que ello importaba una afectación presupuestaria, una invasión de competencias privativas de la Administración por parte del Poder Judicial, amén de afectar las garantías constitucionales del debido proceso, de defensa en juicio y, particularmente, el principio de congruencia, en tanto "…la resolución dictada permuta la obligación de asignar una vivienda digna con inclusión en algunos de los planes existentes, por la asignación de un subsidio habitacional que les permita abonar el valor de un alojamiento…" (fs. 41). Señaló, por otra parte, que la decisión del *a quo* resultaba insostenible porque había omitido aplicar la normativa vigente, sin siquiera pronunciarse acerca de su validez, al ordenar que se pagase a la actora como medida cautelar importes mayores a los previstos en el dec. 960/08. Calificó a la sentencia, por tanto, de arbitraria.

Finalmente, afirmó que la cuestión aquí debatida revestía gravedad institucional, puesto que la decisión se traducía en una afectación del patrimonio del GCBA que, a la vez, impactaba en el desenvolvimiento de sus competencias (fs. 39 vta./40).

5. Una vez contestado por la parte actora el traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (fs. 99/114 vta.), la Cámara de Apelaciones decidió no concederlo por no constituir —el pronunciamiento recurrido (medida cautelar)— una sentencia definitiva, ni surgir de los fundamentos expuestos por el GCBA que "…la ampliación cautelar ordenada produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva…", extremo que no podía ser soslayado bajo la invocación de la doctrina de la arbitrariedad (fs. 32/34).

6. Frente a la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA interpuso la queja que tramita ante este Tribunal (fs. 64/72 vta.).

En apretada síntesis sostuvo que el pronunciamiento cuestionado le ocasionaba un gravamen irreparable, en tanto: *i)* contrariaba doctrina del TSJBA (fs. 64 vta.); *ii)* subvertía gravemente los parámetros constitucionales de la división de poderes, arrogándose facultades que no competen al Poder Judicial; *iii)* obligaba a la Administración al dictado de actos de ilegalidad manifiesta hacia el futuro en materia de asistencia habitacional; *iv)* desconocía las facultades constitucionales del Jefe de Gobierno en materia de implementación de planes sociales; *v)* prescindía de normas constitucionales aplicables al caso y de las constancias de la causa, lo que afectaba su garantía al debido proceso adjetivo y su derecho de defensa en juicio; *vi)* incurría en una apreciación errónea de las normas involucradas en el caso; en definitiva, en arbitrariedad; *vii)* al no fijar la alzada monto alguno, ni límite temporal, permitía que —en este caso particular— la actora obtuviese un beneficio dinerario que aumentaría indefinidamente, afectándose de tal forma su derecho de propiedad, incidiendo de manera gravosa en el presupuesto de la Administración; *viii)* las sumas de dinero a abonarse la actora no podrían ser recuperadas; *ix)* se configuraba un supuesto de gravedad institucional.

7. Requerido su dictamen, tanto la asesora general tutelar, como el fiscal general adjunto propiciaron el rechazo de la queja. La asesora general tutelar, por considerar que no se trataba de una sentencia definitiva y porque tampoco el recurrente había logrado demostrar debidamente que la resolución le ocasionara un perjuicio irreparable; no se configuraba la existencia de un caso constitucional ni un supuesto de arbitrariedad (fs. 118/125). El fiscal general adjunto, por su parte, señaló que no obstante constituir la decisión recurrida sentencia definitiva, en los términos del art. 22 de la ley 2145, el GCBA no había logrado exponer un agravio constitucional (fs. 127/129 vta.).

FUNDAMENTOS:

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

1. La situación planteada en autos es análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Salguero, Graciela Alejandra c/Ministerio de Derechos Humanos y Sociales y otros s/otros procesos incidentales en Salguero, Graciela Alejandra c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'" expte. n° 6502/08, resolución del 9/9/2009.

Más allá de las particularidades de nuestros respectivos votos, en aquella oportunidad coincidimos en que correspondía rechazar la queja incoada por el GCBA por ausencia de sentencia definitiva o equiparable, en tanto la decisión cautelar que se pretendía poner en crisis había dejado sin especificar el monto de la obligación fijada en cabeza del GCBA; circunstancia que permitía entender que aquella medida no había sido plenamente dispuesta. Al igual que en el aludido precedente, corresponde sellar la suerte adversa de la queja intentada, en tanto aquí también ha quedado librado a una futura decisión la previsible controversia acerca del monto

que deberá desembolsar la demandada, cifra no líquida ni referida, por el momento, más que por medio de características que permiten múltiples concreciones.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, no resulta ocioso recordar que las consecuencias de un apartamiento de los topes y plazos previstos para los subsidios habitacionales objeto de autos han sido recientemente examinadas por este Tribunal *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, resolución del 12/5/2010. En tal contexto, incumbe a la parte interesada requerir eventualmente en las instancias de mérito las modificaciones que estime adecuadas a la nueva situación jurisprudencial; máxime teniendo en cuenta que las decisiones de naturaleza precautoria no causan estado.

Por ello, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la queja planteada por la parte demandada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que proponen mis colegas preopinantes, jueces Luis F. Lozano y José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 64/72 vta.).

2. La Sala II de la Cámara CAyT no concedió el recurso de inconstitucionalidad en el entendimiento de que la sentencia impugnada no era definitiva ni equiparable (fs. 32/34 vta.).

3. La presentación directa no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no rebate los fundamentos expuestos en el auto denegatorio.

El GCBA se limita a afirmar, sin dar razones que justifiquen sus dichos, que la Cámara dictó una sentencia definitiva y que las sumas abonadas durante la vigencia de la medida cautelar son irrecuperables para la Ciudad.

Sin embargo, una lectura atenta del expediente permite advertir que la decisión objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad no resolvió la cuestión de fondo implicada en autos ni generó un gravamen irreparable al recurrente.

A fs. 47/48, la Cámara modificó la medida cautelar concedida en primera instancia a favor de la accionante en los siguientes términos: "ordenar al GCBA que, a través del órgano pertinente del Ministerio de Desarrollo Social (o el que en el futuro lo reemplace) adopte los recaudos necesarios a fin de que se le asigne a la amparista un subsidio habitacional que le permita abonar —en forma íntegra— el valor de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se resuelva la apelación deducida contra la sentencia de fondo o, en su caso, cesen las circunstancias fácticas que justifican provisoriamente acceder a la tutela solicitada" (fs. 48 vta.).

Como se ve, dicha resolución consiste en un juicio de verosimilitud y no en una declaración de certeza jurídica, en una hipótesis acerca de la plausibilidad

del derecho autoafirmado en la demanda que únicamente quedará confirmada o desechada, en principio, con la sentencia definitiva.

Desde un punto de vista más técnico se puede sostener, entonces, que un anticipo del objeto mediato de la pretensión —anticipo de tutela material, autorizado además por el art. 177, primer párrafo *in fine* del CCAyT— no resulta dirimente porque aún falta la decisión sobre el objeto inmediato de la pretensión que consiste en una declaración de certeza jurídica sobre el derecho autoafirmado. No hay, pues, sentencia definitiva.

Por otra parte, el quejoso no logró acreditar que la ampliación de la medida cautelar dictada en autos impida su intervención útil en el proceso o le cause algún gravamen de imposible, tardía o insuficiente reparación ulterior que permita equiparar el decisorio en crisis a una sentencia definitiva. Por el contrario, el anticipo jurisdiccional del objeto mediato de la pretensión de la accionante es coherente con la efectividad de la acción de amparo.

4. Por fin, es oportuno recordar las razones que expresara al emitir mi voto en la causa "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008.

En dicha oportunidad, señalé que "...la ley de amparo de la Ciudad califica, en principio, como 'sentencias definitivas' recurribles por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior, a aquellas (…) que deciden sobre el mérito o fondo del asunto. Si así no fuera, el Tribunal debería intervenir en decisiones durante el trámite del juicio, en cualquier resolución interlocutoria e incluso en providencias simples ninguna de las cuales ponen fin al proceso".

Asimismo, expliqué que "...por vía de esta interpretación no se crean obstáculos para que el Tribunal Superior de Justicia evalúe, en un caso concreto y frente a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, cuando está en juego la efectividad del proceso. Quiero decir: siempre que se esté ante una situación que, en principio, afecte la tutela efectiva o el derecho de defensa en juicio y que de no ser considerada en tiempo oportuno tornaría inútil el proceso, la resolución impugnada (cualquiera fuera) habilita el recurso extraordinario local, en tanto éste propone una cuestión constitucional".

Como se sigue de los argumentos que expongo en los aparts. 2 y 3 de mi voto, la situación que se discute en este expediente no puede ser incluida en la hipótesis que formulo en el precedente citado.

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja que dedujera el GCBA a fs. 64/72 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Tal como lo señalan mis colegas, la situación planteada en autos es análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Salguero, Graciela Alejandra c/Ministerio de Derechos

Humanos y Sociales y otros s/otros procesos incidentales en Salguero, Graciela Alejandra c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'" expte. n° 6502/08, resolución del 9/9/2009.

En aquella oportunidad, señalé que la sentencia recurrida debía considerarse equiparable a definitiva, pese a tratarse de una medida cautelar, por afectar gravemente el derecho de defensa de la parte demandada al no definir con claridad cuál es la conducta a adoptar por las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires en la ocasión, generándole un gravamen irreparable. Al analizar el recurso de inconstitucionalidad, sostuve que la falta de una condena expresada en términos concretos, disponiendo genéricamente sobre pautas de excesiva latitud e imprecisión y sin reparar en las particularidades de la causa, resultaba suficiente para descalificar el fallo como acto judicial válido y, por ello, entendí que el recurrente había logrado delinear un caso constitucional centrado en la arbitrariedad de sentencia. En consecuencia, voté haciendo lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, revocando la sentencia impugnada y mandando dictar un nuevo pronunciamiento.

No existe motivo para apartarme de este criterio en esta oportunidad, desde que, como ya lo he dicho, la situación resulta análoga a la señalada en el precedente mencionado.

2. No obstante, corresponde señalar que con fecha 12/5/2010, este Tribunal ha dictado sentencia en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, en la cual, por mayoría, ha fijado doctrina en materia de subsidios habitacionales. De tal modo, las pautas allí establecidas no podrán dejar de ser consideradas, en lo que sea pertinente, al dictarse el nuevo pronunciamiento que aquí se dispone.

En consecuencia de lo expuesto, voto por *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por el GCBA, e imponer las costas por su orden (art. 14, CCBA), *b)* revocar la sentencia impugnada y *c)* devolver el expediente a la Cámara, para que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas en el expediente mencionado en el punto 2.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto y por la señora asesora general tutelar, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CLXIX

"D'ALOISIO, VÍCTOR C/GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'D'ALOISIO, VÍCTOR C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto no puede ser admitido ya que las objeciones esgrimidas por el recurrente se vinculan con la interpretación de normativa local infraconstitucional. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véanse los votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Las garantías constitucionales que genéricamente invoca el recurrente (derecho de defensa, debido proceso, derecho de igualdad) para justificar la existencia de una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48, no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véanse los votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6586/09 - 14/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 72/88 vta.) contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 (fs. 64/69) por la que este Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad articulado por su parte contra el pronunciamiento dictado por la Sala II de la Cámara CAyT de fecha 28 de abril de 2009 (fs. 30/31 vta.).

2. El recurso fue contestado por la parte actora, quien solicitó su rechazo (fs. 91/92).

FUNDAMENTOS:

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA no puede ser admitido, fundamentalmente, por el carácter no federal de la cuestión debatida.

En efecto, las objeciones esgrimidas por el recurrente se vinculan —principalmente— con la interpretación y valoración de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda en relación con la normativa local infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa.

Sobre este punto, resulta oportuno recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosas ocasiones que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y del alcance de las peticiones de las partes son cuestiones que incumben privativamente a los jueces de la causa y, en consecuencia, ajenas a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; entre muchos otros). Los asuntos de esta naturaleza resultan, por regla, extraños al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros).

2. A lo antes apuntado, se suma que el asunto abordado por este Tribunal se refirió a ciertos aspectos de la relación de empleo público que ligan a Víctor D'Aloisio con la Ciudad de Buenos Aires, la decisión pretendida por el recurrente exigiría que la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretase normas de derecho público local relativas al empleo público, mas no disposiciones federales.

Al respecto, nuestro Alto Tribunal ha dicho en numerosas ocasiones que las relaciones entre empleados públicos locales y el gobierno del que dependen se rigen por las respectivas disposiciones de orden local, que constituyen el derecho administrativo aplicable, de modo que la interpretación y vigencia en el caso de las normas respectivas es privativa de sus tribunales (conf. *Fallos,* 298:452; 303:801; 304:1345; 305:194, 447, 465; 308:1922).

3. Las garantías constitucionales que genéricamente invoca el GCBA a fs. 84 vta. (derecho de defensa, debido proceso, derecho de igualdad), para justificar la existencia de una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48, no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de derecho local que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos,* 300:130).

4. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

Tampoco la "trascendencia institucional" a que alude el GCBA (fs. 88) —si es que con ello pretendió introducir la causal de gravedad institucional para justificar la apertura de la instancia extraordinaria—, permitiría la concesión del remedio federal intentado, porque conforme lo tiene dicho la CSJN "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).

5. Por lo demás, el GCBA no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i).

Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

6. Los motivos expuestos, bastan para rechazar el recurso extraordinario deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 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:

El recurso extraordinario federal deducido por el GCBA debe ser denegado puesto que, como acertadamente lo señalan en sus votos mis colegas preopinantes, el recurrente no muestra que se encuentre configurada una cuestión federal que guarde relación directa con la decisión cuestionada. Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

Coincido con lo expresado por mis colegas, los jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y Luis F. Lozano, en punto a que el recurso extraordinario federal interpuesto por la demandada debe ser denegado.

En particular, entiendo oportuno recordar que este Tribunal oportunamente rechazó la queja deducida por el GCBA por diversos motivos de orden fáctico y procesal que no han sido puestos en crisis por la recurrente. Es por ello que resulta aplicable en el caso la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos resultan ajenas, en principio, a la instancia recursiva de excepción prevista en el art. 14 de la ley 48 (conf. *Fallos,* 306:885; 308:1577; 311:100; 329:4775; entre muchos otros).

Por otra parte, tal como lo señala mis distinguidos colegas, se advierte que los agravios planteados por la demandada resultan extraños al control de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso extraordinario federal en tanto remiten exclusivamente a la determinación de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda y de las cuestiones comprendidas en la presente litis (conf.

doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; entre muchos otros).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal incoado a fs. 72/88 vta. Ahora bien, no obstante haber resultado vencida la apelante, en mi concepto, diversas circunstancias conducen a imponer las costas de esta instancia en el orden causado, conforme lo prevé el art. 68, segundo párrafo, CPCCN. En particular, advierto que la contestación presentada por la parte actora a fs. 91/92 parece no haber tenido en cuenta el escrito objeto de sustanciación en tanto: *a)* expresa presentarse en legal tiempo y forma a los efectos de "solicitar se rechace el recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 91); *b)* en las conclusiones de su presentación nuevamente solicita "se haga lugar al rechazo del planteo del recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 92); *c)* pese a tratarse de un recurso extraordinario federal planteado por la demandada, la actora no esgrime ningún fundamento orientado a señalar la improcedencia formal de este recurso sino que se limita a reiterar sucintas consideraciones respecto de la cuestión de fondo oportunamente ventilada en el *sub examine* y de lo decidido al respecto por la Cámara de Apelaciones en lo CAyT.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 69, punto 2.

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

CLXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'EXPRESO SINGER S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestión federal. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. El recurrente no logra cumplir con la exigencia de acreditar la necesaria correspondencia que debe existir entre los derechos y principios constitucionales

que afirma conculcados (arts. 16, 17, 18 y 19, C.N.) y la decisión adoptada, ni ha controvertido los fundamentos de la sentencia sobre esa base (art. 15, ley 48), reiterando los argumentos expuestos en instancias anteriores que ya fueran tratados y desestimados. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véanse los votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. La gravedad institucional que invoca el recurrente no habilita la apertura de la instancia extraordinaria que reclama, pues no basta para ello con señalarla de modo genérico sino que debieron rebatirse concretamente los fundamentos que dieron sustento, en este punto, al decisorio recurrido. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véanse los votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6664/09 - 14/7/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 88/108 vta.) contra la decisión de fecha 21 de abril de 2009 (fs. 69/85) mediante la cual el Tribunal rechazó, por mayoría, la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado deducido por su parte.

Corrido el traslado pertinente, Expreso Singer S.A. solicitó su rechazo (fs. 111/111 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso extraordinario federal planteado por el GCBA debe ser denegado.

2. El escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente en su totalidad la fundamentación del recurso de queja de fs. 41/57, y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 12/39 vta., en tal sentido la presentación efectuada por el GCBA no cumple con el requisito de fundamentación exigida en estos casos (conf. *Fallos,* 319:1514, 1975).

3. La decisión del Tribunal que ahora se cuestiona consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque no se había logrado rebatir los fundamentos en que se había basado la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA: inexistencia de caso constitucional, de arbitrariedad en la sentencia recurrida y de gravedad institucional —como se puso de manifiesto en el pronunciamiento de fs. 69/85.

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio—, no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y este Tribunal, *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2184/03, resolución del 13/8/2003).

4. El GCBA no sortea —con éxito— la exigencia de acreditar la necesaria correspondencia que debe existir entre los derechos y principios constitucionales que afirma conculcados (arts. 16, 17, 18 y 19, C.N.) y la decisión adoptada, ni ha controvertido los fundamentos de la sentencia sobre esa base (art. 15, ley 48). Antes bien, reitera argumentos expuestos en instancias anteriores que ya fueron tratados y desestimados.

La CSJN ha establecido, al respecto, que la mención genérica a preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, 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; 268:247), situación que no se verifica en el caso. 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,* 310:2306).

5. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, entendiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo impugnado pronunciarse y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

6. La gravedad institucional que invoca el GCBA tampoco habilita la apertura de la instancia extraordinaria que reclama. No basta para ello con señalar de modo genérico que "…el agravio es desestimado en forma genérica, sin advertir que al consagrarse una detracción impositiva no pretendida por el legislador se afecta la recaudación del Fisco…" (fs. 99 vta.); que "…con los ingresos obtenidos en concepto de tributos, la Ciudad de Buenos Aires debe hacerse cargo de la administración de la Ciudad, la manutención y funcionamiento de hospitales y escuelas, la pavimentación y limpieza de las calles, etc., funciones que se vieron afectadas al serle cercenado parte de su legítimo ingreso…" (fs. 99 vta.); o que "…es resorte de la Corte Suprema de la Nación (…) abrir la instancia extraordinaria para reparar una situación de gravedad institucional que trasciende la esfera local por importar flagrante desconocimiento de las prerrogativas y Potestades de la Ciudad de Buenos

Aires…" (fs. 92), sino que debieron rebatirse concretamente los fundamentos que dieron sustento, en este punto, al decisorio recurrido.

7. Finalmente, el GCBA no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2°, 3º y 8º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i) y la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso (inc. j).

Omitió también, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, cumplir con la exigencia del art. 3°, relativa a la indicación de la introducción temporánea de la cuestión federal y su mantenimiento en las distintas instancias por las que transitó la causa (incs. b), en tanto en el cuerpo principal del escrito de fs. 89/108 vta., el recurrente tan solo apuntó que "…la cuestión federal fue introducida en tiempo y forma en nuestra primera presentación y reiterada en las posteriores…" (fs. 91). Ninguna mención hizo, tampoco, a este respecto en la carátula de fs. 88.

Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

A su vez, omitió —también— transcribir o acompañar la totalidad de las normas locales a las que hizo referencia en el recurso interpuesto (art. 8º).

8. 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:

Coincido con la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, en que el recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA debe ser denegado. Este Tribunal decidió, por mayoría, rechazar la queja interpuesta por el GCBA y, con ello, dejar en pie la sentencia de Cámara que invalidó aquellos actos de autoridad local que servían de sustento al reclamo de pago del impuesto a los ingresos brutos que motivó estas actuaciones. En esas condiciones, el recurso extraordinario federal impetrado por el GCBA debe ser declarado inadmisible en tanto no se dirige contra una decisión contraria al derecho o título sustentando en la norma nacional sino, por lo contrario, en todo caso, a una contraria a la validez de las normas locales. En este sentido, la CSJN, en *Fallos,* 189:308, ha sostenido que en "[l]os casos en que la contestación sobre el sentido y alcance de las leyes generales de la Nación constituye sólo una fase preliminar de la cuestión debatida en el juicio, referente a la incompatibilidad de normas provinciales con aquellas leyes, se hallan regidos por el art. 14, inc. 2° de la ley 48 que, en forma clara y constitucionalmente válida, excluye la procedencia del recurso cuando la decisión ha sido favorable a la validez de la ley nacional, e

impide fundarlo en el inc. 3° y en la sola circunstancia de hallarse en discusión la interpretación de una norma general de la Nación".

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto lo expresado por mis colegas los Dres. Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y Luis F. Lozano en sus respectivos votos y entiendo que los argumentos allí vertidos resultan suficientes para denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

2. Por lo demás, agrego que, en mi concepto, el recurso intentado tampoco puede prosperar, en tanto el gravamen que se invoca incluso puede ser leído como una consecuencia de la conducta discrecional de la propia recurrente —Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— que se deriva, puntualmente, de la omisión en la citación al proceso del Estado nacional (conf. punto 3 de mi voto en el pronunciamiento cuestionado que, en este aspecto, no sido objeto de consideración por la interesada).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 85, punto 2.

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

CLXXI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAMANI GARVIZU, LOLA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario debe ser rechazado pues la decisión adoptada no involucra ninguna cuestión federal, ya que determinar si se encuentran reunidos

en un supuesto particular los requisitos de procedencia de un amparo —en el caso, la acción u omisión arbitraria o manifiestamente ilegal—, ponderar cuestiones de hecho y aplicar normas infraconstitucionales de derecho público local, son todas operaciones asignadas exclusivamente a los jueces locales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante, véase voto del señor juez José O. Casás al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. El recurso extraordinario federal no puede prosperar ya que no involucra ninguna cuestión federal la determinación de si un determinado recurso local cumple los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico de la jurisdicción correspondiente, por tratarse de una cuestión procesal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante, véase voto del señor juez José O. Casás al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. El planteo de arbitrariedad de sentencia no evita el rechazo del recurso extraordinario, toda vez que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT n° 6900/09 - 14/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Lola Mamani Garvizu dedujo recurso extraordinario federal (fs. 36/66 vta.) contra la resolución de fecha 7/4/2010 mediante la cual este Tribunal decidió rechazar el recurso de queja articulada por dicha parte (fs. 27/33).

2. La parte demandada, al contestar el traslado conferido del recurso extraordinario articulado por la actora, solicitó su rechazo (fs. 69/76).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la actora, además de haber sido presentado en tiempo y forma, resulta procedente.

Ello así, en atención a que en el precedente al que se remitieron mis colegas para fundamentar el rechazo de la queja interpuesta por la parte actora —"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009— sostuve, en minoría, que la Cámara había atendido adecuadamente los aspectos constitucionales involucrados en la decisión de la cuestión litigiosa, a saber: la libertad de trabajo y el principio de legalidad en la regulación de los derechos constitucionales. Esa cuestión constitucional es, a la vez, un caso federal

en los términos de la ley 48 que habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Además, el recurso satisface los restantes requisitos comunes, propios y formales establecidos en la citada ley 48, el CPCCN, así como las exigencias de la acordada 4/07 de la CSJN.

3. Por lo expuesto, corresponde conceder el recurso extraordinario articulado por Lola Mamani Garvizu. Costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario deducido por la parte actora debe ser denegado, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. La sentencia dictada por el TSJBA el día 7/4/2010, se basó en tres argumentos centrales para rechazar la queja:

a) la aplicación de la doctrina sentada por este Tribunal en el precedente *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009 (votos de los Dres. Lozano, Conde y Casás).

b) la extemporaneidad de la presentación (votos de las Dras. Ruiz y Conde); y

c) la ausencia de caso constitucional (voto del Dr. Casás).

3. De acuerdo a cómo votaron los distintos integrantes de este Tribunal en la sentencia cuestionada mediante el presente recurso extraordinario federal, el fundamento mayoritario del fallo lo constituyó la doctrina sentada en autos "Esquivel Pizarro".

En dicho precedente, el Tribunal —por mayoría— rechazó la acción de amparo deducida por el accionante contra el GCBA con el fin de obtener una sentencia que ordenase a la demandada abstenerse de realizar actos que perturben su derecho a vender baratijas en la vía pública, hasta tanto la Legislatura de la Ciudad regule tolerancia que el Código Contravencional establece en su art. 83. Ello por considerar que no se había acreditado la existencia de una *acción* u *omisión* estatal que, de manera *arbitraria* o *manifiestamente ilegal*, lesione los derechos del actor que se entienden vulnerados, para lo cual tuvo en consideración —entre otros aspectos— la prohibición general de la venta ambulante en la vía pública sin autorización administrativa establecida en el art. 11.1.2 de la sección 11 (Permisos de uso en el Espacio Público) del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad.

Como podemos apreciar, tal decisión no involucra ninguna cuestión federal, ya que determinar si se encuentran reunidos en un supuesto particular los requisitos de procedencia de un amparo —en el caso, la acción u omisión arbitraria o manifiestamente ilegal—, ponderar cuestiones de hecho y aplicar normas infraconstitucionales de derecho público local, son todas operaciones asignadas exclusivamente a los jueces locales ya que no comprometen interés federal alguno.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los asuntos de esta naturaleza resultan, por regla, ajenos a la vía de excepción intentada (*Fallos,* 289:336; 291:356; 293:226; 296:642; 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,* 305:112; 308:551; 311:2004; 323:1217; entre muchos otros).

4. En cuanto a los restantes argumentos desarrollados en la sentencia dictada por este Tribunal el día 7/4/2010 —extemporaneidad de la queja y ausencia de caso constitucional—, al no formar parte del núcleo esencial en que se sostiene el fallo, las críticas del recurrente, aún de ser admitidas, no podrían conmover lo decidido. De tal manera, en esta temática se encuentra ausente la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, que exige el art. 15 de la ley 48.

Y por otra parte, no involucra ninguna cuestión federal la determinación de si un determinado recurso local cumple los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico de la jurisdicción correspondiente, por tratarse de una cuestión procesal ajena al ámbito del recurso extraordinario federal. Resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos ante los tribunales locales mediante fundamentos de hecho y de derecho procesal local que bastan para sustentarlos no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros).

5. Por último, no autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa con el propósito de justificar la existencia de cuestión federal puesto que la recurrente no ha acreditado la necesaria correspondencia entre éstas y la decisión adoptada en autos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido al respecto 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); hipótesis que no se verifica en el caso.

6. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por declarar inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por la actora, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propicia la doctora Ana María Conde en su voto, el recurso extraordinario federal deducido por la parte actora a fs. 36/66 vta. debe ser denegado.

2. En primer lugar, corresponde destacar que con fecha 7/4/2010 los magistrados integrantes de este Tribunal coincidieron en la solución que correspondía aplicar al caso —consistente en rechazar la queja deducida por la actora para sostener el recurso de inconstitucionalidad local oportunamente denegado— por diversos motivos de orden fáctico y procesal (conf. votos de los doctores Ruiz, Conde, Lozano y el suscripto). Así las cosas, constituye un óbice a la concesión del presente recurso la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos resultan ajenas, en principio, a la instancia recursiva de excepción prevista en el art. 14 de la ley 48 (conf. *Fallos,* 306:885; 308:1577; 311:100; 329:4775; entre muchos otros).

3. Por otra parte, también resulta oportuno recordar que tres de los magistrados intervinientes en aquella decisión expresaron que, a pesar de las diversas afirmaciones vinculadas a la vulneración de derechos y garantías constitucionales, la pretensión recursiva tampoco podía prosperar en tanto se advertía que las cuestiones propuestas eran sustancialmente similares a las resueltas por este Tribunal en el precedente "Esquivel Pizarro" de fecha 5/3/2009, en el cual se sostuvo que la parte actora no había acreditado los presupuestos esenciales para la procedencia de la acción de amparo intentada sino que, en definitiva, bajo la apariencia de un "caso" sólo pretendía que se decidiera acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de la regulación legal local concerniente al otorgamiento de permisos especiales de uso de la vía pública para la venta ambulante de mera subsistencia en esta jurisdicción (conf. votos de los doctores Conde, Lozano y el suscripto).

Así las cosas, se advierte que la profusa invocación de cláusulas constitucionales que la actora efectúa con el propósito de justificar la existencia de cuestión federal (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, 28, 33, 41, 42, 43, 75, incs. 22 y 23, de la C.N. y normas concordantes de rango constitucional) tampoco autoriza a habilitar la instancia extraordinaria intentada, en tanto la recurrente no ha acreditado la necesaria correspondencia entre éstas y la decisión efectivamente adoptada en autos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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); hipótesis que no se verifica en el caso.

4. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia esgrimido, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo

decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal articulado por la señora Lola Mamani Garvizu. 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 mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Lola Mamani Garvizu, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 33, punto 2.

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

CLXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CAMPAGNOLLE, SERGIO HUGO S/INF. ART. 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Facultades. Irretroactividad de la ley.

SUMARIOS:

1. La decisión impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad fue dictada por la Cámara cuando regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria, norma que no concedía recurso a la Fiscalía, por lo tanto la resolución no era impugnable para el Ministerio Público Fiscal, y dado que las leyes siempre rigen para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia, corresponde rechazar el recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El art. 53 de la ley 12, como regla general, no concedía al fiscal, en el marco de su rol de acusador, posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º, art. 26, LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía claramente que el único habilitado era el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Las leyes rigen siempre para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo que la legitimación procesal del recurrente debe ser analizada a la luz de la redacción original del art. 53 de la ley 12. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La ley procesal vigente al momento de la notificación de la resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto en tiempo oportuno y por quien está legitimado para hacerlo, y aun en el supuesto de que no se hubiese sancionado la ley 3382, norma de aplicación inmediata atento su carácter procesal, el Ministerio Público Fiscal cuenta con legitimación para interponer el mencionado recurso, en supuestos como el presente. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que solicita el fiscal general adjunto porque, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7106/10 - 14/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La jueza de primera instancia, pese a la oposición fiscal, hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa (fs. 3/6). Apelada esa decisión por la Fiscalía (fs. 7/11), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó la resolución dictada por la jueza de grado.

2. Contra esa decisión el señor fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/24) que, al ser denegado por la Sala I básicamente por falta de legitimación para recurrir y por ausencia de sentencia definitiva (fs. 33/37), motivó la articulación de esta queja (fs. 39/49).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno, sin embargo debe ser rechazada porque no logra rebatir las razones dadas por la Cámara al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad que defiende.

2. A pesar de la reforma de la ley 12, mencionada en la queja (fs. 39), corresponde afirmar que tanto al momento en que fue dictada y notificada la decisión de la Cámara cuestionada mediante recurso de inconstitucionalidad, como al momento de interposición de aquel remedio, regía el art. 53, ley 12 en su redacción original. La ley procesal vigente a ese momento sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal. Por ello, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza Ana María Conde dijo:

Comparto los argumentos y la solución propuesta por la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y me remito a las consideraciones expuestas al pronunciar mi voto en los autos "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'", expte. nº 7135/10; resolución firmada el día 29/4/2010.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz y entiendo que la queja interpuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser rechazada por los fundamentos que brinda y los desarrollados en mi voto *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC" expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010, en atención a la fecha en la que el representante del Ministerio Público Fiscal fue notificado de la resolución de la Cámara contra la que interpuso el recurso de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El conflicto suscitado en la presente causa en torno a las atribuciones y al margen de control que los jueces de mérito se atribuyeron con relación al instituto previsto en el art. 45 del CC (suspensión del proceso a prueba) resulta análogo al tratado por este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009 y en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contraven-

cional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009.

En tales condiciones, y por los argumentos que expuse al votar en esas causas, correspondería admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia así como de todo lo actuado con posterioridad a ella y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se radique la causa ante un juzgado y en su oportunidad una sala distintos de los que ya tuvieron intervención. La solución propiciada demandaría, normalmente, requerir los autos principales pero en tanto mi voto constituye, conforme al resultado que surge del acuerdo, una posición de minoría, resulta innecesario avanzar en tal sentido.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En los siguientes expedientes los señores jueces remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 7135/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111 CC'", sentencia del 29/4/2010, y en los tres últimos ordenan agregar copia de ella. "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Meccia, Mariano Ezequiel s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7111/10), del 14/7/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez García Huidobro, Luis Felipe s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7116/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, Leonardo Ismael s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7114/10) y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caballero, Rubén Oscar s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7107/10), del 16/7/2010.

CLXXIII

"TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'FERNÁNDEZ, EDUARDO BLAS Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Plazo de interposición. Sustracción de la causa de la jurisdicción local. Denegatoria de fuero federal. SERVICIO DE TELEFONÍA CELULAR: Remoción de antena. Jurisdicción federal.

SUMARIOS:

1. Si bien las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, resulta equiparable a tal la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local y también aquella que importe la denegatoria del fuero federal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El único objeto que en definitiva persigue la demanda es la desconexión, desmantelamiento y remoción de una antena de telefonía celular, por lo que se advierte que, eventualmente, no podría disponerse lo solicitado por los actores sin interferir en competencias propias de la órbita federal, puesto que una decisión de tales características podría comprometer la regularidad de la prestación del servicio de telefonía celular empleado a nivel interprovincial e internacional —incidiendo negativamente en el servicio brindado a aquellos usuarios en su área de cobertura— y, en consecuencia, podría afectar intereses que exceden los encomendados a los tribunales locales y que se encuentran reservados a la jurisdicción federal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. La circunstancia de que un pleito comprenda tanto el debate de cuestiones federales como locales no es suficiente para suscitar la competencia federal en desmedro de la natural atribución local para decidir aquellos asuntos que son propios de esa jurisdicción, sino todo lo contrario, por regla, los aspectos locales del juicio deben ser atendidos por los magistrados de la jurisdicción en la que ellos se manifiestan o producen efectos, cuyas decisiones en los puntos federales podrá ser revisada, cumplidos los recaudos pertinentes, mediante el recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Si el litigio involucra el despliegue de una actividad regulada por normas federales y el dictado de la sentencia pudiera comprometer la prestación del servicio en juego, no debe perderse de vista que el interés afectado en tales supuestos excedería el encomendado a los tribunales locales para identificarse con el que corresponde resguardar a la justicia federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Mientras la pretensión esgrimida en autos muestra aptitud para afectar el servicio de telefonía alcanzado por el pleito, en cambio, no aparecen suficientemente precisados los aspectos locales comprometidos en tanto se alude a una habilitación

irregular que no queda identificada ni aparece explicado el modo en que el accionante conecta las aludidas cuestiones locales con la pretensión articulada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El plazo que la actora tenía para interponer eventualmente un recurso de inconstitucionalidad debe computarse a partir de la notificación de la decisión de primera instancia que rechazó la excepción de incompetencia, ya que dicha resolución era inapelable, por lo tanto, la articulación de un recurso inadmisible (en el caso, la apelación), afectó la temporaneidad del recurso de inconstitucionalidad intentado por la empresa. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Si la decisión de primera instancia resulta inapelable, y ante la inexistencia de otras vías procesales ordinarias potencialmente aptas para la revisión de la sentencia de grado, es el juzgado el "tribunal superior de la causa" a que se refiere el art. 27 de la ley 402, sin que tal circunstancia se vea alterada por la previa interposición de un recurso de apelación improcedente que no interrumpe ni suspende el plazo previsto por el art. 28 LPT para interponer el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6878/09 - 15/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Eduardo Blas Fernández y Luis Alejandro Di Pilla —ambos por derecho propio y en su carácter de primer vocal en ejercicio de la presidencia y secretario de la Asociación Vecinal "Olegario V. Andrade", respectivamente— promovieron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto que se ordenase la remoción de una antena de telefonía celular que fue instalada por su titular, según afirmaron, sin la realización del Estudio de Impacto Ambiental previo que establece el art. 30 de la CCBA y su ley reglamentaria (fs. 17/25). En particular, sostuvieron que demandaban al GCBA "…por la arbitraria omisión incurrida por este, respecto del ejercicio del poder de policía ambiental, ya que el GCBA ha permitido la instalación y funcionamiento de las antenas de telefonía celular que serán objeto del presente, en violación a la legislación vigente en materia de Impacto Ambiental…" (fs. 17 vta.). Asimismo solicitaron que, en los términos del art. 83 del CCAyT, la demanda se hiciera extensiva al titular del inmueble sobre el que se asienta la antena cuestionada —Asociación Mutual Eslovenia Triglav— y contra la empresa propietaria y/o responsable de la instalación y explotación de dicha antena —Telefónica Comunicaciones Personales S.A.

2. Frente a ello, y respecto de lo que aquí interesa, la codemandada Telefónica Móviles Argentina S.A. (anteriormente denominada Telefónica Comunicaciones Personales S.A., en adelante TMA) planteó la incompetencia del fuero Contencioso

Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y requirió la remisión de las actuaciones a la justicia federal (fs. 26/49).

Sustentó la incompetencia que opuso en que el desmantelamiento y remoción de las antenas de transmisión de microondas de telefonía celular objeto de esta acción interferiría —de llevarse a cabo— con el servicio nacional de telecomunicaciones, desconociendo de esta manera leyes federales y, "...sobre todo, la Constitución Nacional, que le impiden a los poderes locales ejercer dichas potestades sobre una materia ajena a su competencia..." (fs. 32). Ello así, por cuanto en materia de telecomunicaciones —según argumentó— las potestades regulatorias, de control y sanción se encuentran atribuidas al Gobierno federal en función de lo dispuesto en el art. 75, incs. 13, 14 y 18 de la C.N. De accederse a lo pretendido, agregó, se estaría interfiriendo en un servicio que es prestado a nivel interjurisdiccional. Puntualizó, también, que el art. 6º de la ley 19.798 prohíbe a las provincias, municipalidades y particulares "suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional" (fs. 29).

3. La jueza de primera instancia resolvió "...rechazar la excepción de incompetencia opuesta por Telefónica Comunicaciones Personales S.A., con costas..." (fs. 84/85 vta.).

Para arribar a dicha conclusión señaló que "...(s)i bien por imperio de lo normado en los incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la C.N. y en el dec. ley 19.798, la regulación de las telecomunicaciones interjurisdiccionales, así como la transmisión y recepción de radiocomunicaciones cualquiera sea su alcance, son de competencia federal; también es cierto que el ejercicio del poder de policía ambiental es de incumbencia local, de conformidad con lo reglado por los arts. 41 de la C.N. y 26, 27, 28, 29, 30 y 104, inc. 11, de la CCBA.// La codemandada parece no advertir que el *thema decidendum* de las presentes actuaciones se circunscribe al análisis del posible incumplimiento por parte de las autoridades locales a su obligación de contralor, en cuanto al desarrollo de una actividad privada dentro de la jurisdicción. Por ello, es la autoridad local quien tiene asignada legalmente las potestades de reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales y su zonificación, mediante las normas que dicte el órgano legislativo local".

4. Disconforme con lo decidido, TMA dedujo recurso de apelación (fs. 50/55).

Centró sus agravios en los argumentos que expusiera al plantear la incompetencia y en que: *a)* su parte no desconocía las potestades de los gobiernos locales en materia de poder de policía sobre ciertas materias pero, en lo que se refería a telecomunicaciones, las potestades regulatorias, de control y sanción se encontraban atribuidas al Gobierno federal; normas que no podían ser dejadas de lado cuando lo que se pretendía era el desmantelamiento de una antena que forma parte de una red que se extiende en todo el país, dada la interjurisdiccionalidad del servicio; *b)* tanto la radicación de las antenas como su funcionamiento están sujetas al control directo de la Comisión Nacional de Comunicaciones en sus aspectos

intraprovinciales e interprovinciales en resguardo de un interés federal, por lo que la Ciudad carecía de facultades para entender en dicho proceso; *c)* las peculiares características que poseía el servicio de telefonía celular tornaba necesario que su regulación y la interpretación que de ella se efectuase proviniese siempre de autoridades y magistrados federales, procurando satisfacer el interés público a través de la instalación de sistemas de comunicaciones tendientes a garantizar la calidad, continuidad y seguridad de los servicios específicos de esa naturaleza; *d)* de accederse al desmantelamiento solicitado existiría un inminente riesgo de obstaculización del servicio por parte de un poder local, lo que violentaría directamente el art. 6º de la ley nacional 19.798; y *e)* se le hubiese impuesto las costas de la incidencia, pese a los numerosos precedentes jurisprudenciales que citó en oportunidad de efectuar el planteo, donde se dejaba en claro la competencia del fuero federal en materia del servicio que prestan su parte y sus redes.

5. A su turno, la Sala I de la Cámara CAyT, tras compartir y remitirse a los fundamentos expuestos por la fiscal de Cámara, resolvió "…Rechazar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia, confirmar la resolución apelada. Con costas…" (fs. 60).

Los argumentos del dictamen fiscal de fs. 86/87 se refirieron a: *a)* la inapelabilidad de la sentencia que no admitía la defensa de incompetencia, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 16.986 (aplicable al caso por la fecha en que había sido presentada la demanda) que no menciona tal tipo de sentencia entre las que enumera como susceptibles de ser apeladas; y *b)* la competencia de la justicia local para entender en los asuntos en que la Ciudad fuera parte y en temas vinculados con el poder de policía ambiental —más precisamente, con la necesidad de efectuar un estudio de impacto ambiental previo a la instalación de una antena de teléfono celular.

6. Contra aquel pronunciamiento, TMA interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 61/72). Alegó que: *a)* la sentencia impugnada resultaba definitiva, toda vez que ella importó para su parte la denegación del fuero federal; *b)* el *a quo* no consideró las particularidades del caso, en tanto hizo caso omiso de la naturaleza del servicio que prestaba su parte y las normas que lo regulaban, así como tampoco los efectos que acarrearía acceder a lo solicitado; *c)* su parte no realiza una mera invocación de normas federales para sustraerse de los tribunales especificados por la ley local, sino que afirma que el servicio que presta se verá directamente interferido y hasta obstaculizado si se hace lugar a lo requerido por la parte actora; *d)* el desmonte y desconexión de una antena de telefonía móvil afectaría directamente y de forma inmediata el servicio esencial que su parte presta a miles de usuarios de la Ciudad de Buenos Aires; y *e)* la decisión involucra de manera directa la afectación de principios y derechos constitucionales (debido proceso, garantía del juez natural, derecho de ejercer industria lícita y comerciar, derecho de igualdad, de propiedad, de ejercer el comercio interprovincial; así como los principios de razonabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima).

7. Una vez contestado el traslado del recurso de inconstitucionalidad (fs. 73/76 vta.), la Sala I de la Cámara CAyT resolvió no concederlo por no reunir "…la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional…", ni haber demostrado la apelante que la resolución le ocasionase un perjuicio irreparable y, por tanto, fuese equiparable a definitiva (fs. 77 y vta.).

8. Dicha decisión motivó la queja de TMA (fs. 8/13). Al respecto, argumentó: *a)* que las potestades regulatorias, de control y sanción se encontraban atribuidas al Gobierno federal en función de lo dispuesto en el art. 75, incs. 13, 14 y 18 de la C.N.; *b)* que, al haberse denegado el recurso interpuesto, se produjo una manifiesta denegación del fuero federal "…por lo que se ha violado de forma manifiesta el derecho de mi mandante de que lo juzgue su juez natural de acuerdo al art. 18 de nuestra C.N. y al art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica el pronunciamiento que deniega el fuero federal debe ser equiparado a definitivo…"; *c)* que las decisiones que deniegan —como en el caso— el fuero federal resultan equiparables a sentencia definitiva; *d)* que el solo hecho que la demanda hubiera sido dirigida contra la Ciudad de Buenos Aires obligaba a su parte a verse privada del fuero que entiende natural en la materia —el fuero federal—; extremo claramente incompatible con lo establecido en los arts. 31, 116 y 117 de la C.N.; *e)* que "…sin antenas no hay servicio…" y, en consecuencia, que la pretendida desconexión y/o desmantelamiento de las antenas comprometía la prestación del servicio esencial de telefonía celular móvil en un vasto sector de la Ciudad de Buenos Aires, así como el tráfico interprovincial e internacional de llamadas y afectaba no sólo a su parte sino también a los miles de usuarios que utilizan el servicio; *f)* que la decisión que se perseguía (desmantelamiento de las antena individualizada) involucraba la afectación de derechos y principios constitucionales.

9. Requerido su dictamen, el señor fiscal general propició el dictado de una decisión por parte de este Tribunal que hiciera lugar a la queja deducida y que, por su parte, rechazara el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por TMA (fs. 107/111 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen *sentencia definitiva* a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, resulta equiparable a tal la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local y también aquella que importe la denegatoria del fuero federal (doctrina de *Fallos,* 329:1002 y sus citas).

En virtud de ello, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene se dirige contra un pronunciamiento que, según el criterio adoptado por el Alto Tribunal federal en situaciones similares, resulta *equiparable* a uno de carácter definitivo —y, en consecuencia, *apelable* ante la Cámara en los términos

del art. 15 de la ley 16.986— por importar en los hechos una denegatoria del fuero federal invocada oportunamente por el recurrente; como sostiene, incluso, el señor fiscal general en su dictamen de fs. 107/111 vta.

Por su parte, la recurrente ha logrado plantear un caso constitucional a partir de la invocación de la garantía del juez natural (art. 18, C.N.) y de la jurisprudencia de la CSJN antes mencionada. Así las cosas, en mi concepto, corresponde admitir la queja y adentrarse en el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad deducido.

2. En lo que aquí interesa, corresponde destacar que el *único objeto* que en definitiva persigue la demanda incoada por los Sres. Eduardo Blas Fernández y Luis Alejandro Di Pilla es la *desconexión, desmantelamiento y remoción de la antena de telefonía celular* ubicada en la calle Manuel Porcel de Peralta 1458 de esta Ciudad.

Así las cosas, se advierte que, eventualmente, no podría disponerse lo solicitado por los actores sin interferir en competencias propias de la órbita federal. Ello así, puesto que una decisión de tales características podría comprometer la regularidad de la *prestación del servicio de telefonía celular* empleado a nivel interprovincial e internacional —incidiendo negativamente en el servicio brindado a aquellos usuarios en su área de cobertura— y, en consecuencia, podría afectar intereses que exceden los encomendados a los tribunales locales y que se encuentran reservados a la jurisdicción federal (conf. doctrina de *Fallos,* 324:647; 325:479 y 326:2385).

Al respecto, cabe señalar que el art. 3º de la ley nacional 19.798 establece que son de jurisdicción nacional "…*c)* Los servicios de telecomunicaciones de una provincia interconectados con otra jurisdicción o con un Estado extranjero…" y que, por su parte, el art. 6º del citado texto impide a las provincias o municipalidades (en el caso, al GCBA) "…expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, (…) suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional…".

Por lo expuesto, en mi concepto, acierta la recurrente al señalar que la presente controversia debe ser ventilada ante los estrados de la justicia federal.

Adviértase, por otro lado, que la codemandada TMA habría sido autorizada a efectuar la instalación y a poner en funcionamiento la antena de marras por el Estado nacional, a través de sus áreas competentes: la Comisión Nacional de Comunicaciones y la Fuerza Aérea Argentina.

3. A todo evento, corresponde señalar que la decisión que aquí se propicia en modo alguno implica declinar la competencia local en el control judicial de aquellas actividades desarrolladas por el Poder Ejecutivo local en materia de policía ambiental y de salubridad —así como también de aquellas omisiones en las que pudiera incurrir— sino que únicamente, y de cara al objeto concreto de la pretensión aquí esgrimida, tiende a resguardar las competencias que la Constitución y las leyes nacionales han conferido al Gobierno federal.

4. Las consideraciones formuladas precedentemente me persuaden en el sentido de admitir la queja obrante a fs. 8/13 y hacer lugar al recurso de incons-

titucionalidad articulado por la codemandada TMA; revocar la sentencia dictada por la alzada, en tanto confirma el rechazo de la excepción de incompetencia decidido por la jueza de grado; declarar la incompetencia de la justicia local en relación a la pretensión relativa al desmantelamiento y remoción de la antena de telefonía celular ubicada en la calle Manuel Porcel de Peralta 1458 de esta Ciudad y, oportunamente, proceder conforme lo establece el art. 286, inc. 1°, del CCAyT. Esta solución se ve recomendada en tanto posibilita a los accionantes efectuar el replanteo de sus pretensiones ante los estrados federales, previa consideración de las consecuencias que de ello eventualmente podrían derivarse. 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 Luis F. Lozano dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que declara la incompetencia de la justicia local y con ello sustrae el asunto del conocimiento de los tribunales de la CABA (conf. TSJBA *in re* "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Desde su primer presentación, la recurrente, postuló la competencia de la justicia federal para intervenir en autos, planteo que fue rechazado por la resolución de fs. 60 y que, ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado en su contra, originó esta queja. Así entonces, por estar controvertido un pronunciamiento que denegó el fuero federal invocado por Telefónica Móviles S.A, corresponde equiparar esa sentencia a una definitiva, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 61/72.

A su turno, si bien el *a quo* señaló que la apelación planteada contra el rechazo de la excepción de incompetencia habría sido mal concedida, lo cierto es que procedió a rechazarla por su mérito al entender que "...los precisos argumentos señalados [por el dictamen fiscal] en cuanto a la competencia del fuero para seguir entendiendo en el *sub examine*, aconsejan concluir en el rechazo del recurso de apelación deducido". Frente a ello, debe estimarse, como postula mi colega José O. Casás, que el recurso de inconstitucionalidad es formalmente admisible pues, en rigor, la Cámara no consideró que la referida apelación fuera improcedente (conf. doctrina "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'").

2. En primer término, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que formulan el actor en la demanda o el accionado al articular su excepción, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho invocado como aplicable al caso (conf. mi voto *in re* "Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. n° 3944/05, resolución del 30/11/2005 y *Fallos,* 324:2031, entre muchos otros).

En autos, la pretensión esgrimida por la actora consiste en que se ordene "la remoción y desmantelamiento" de la antena de transmisión de telefonía celular propiedad de la recurrente ubicada en la calle Peralta 1458 de esta Ciudad. Para fundar su pedido, básicamente, aduce que fue instalada sin la realización de un estudio de impacto ambiental cuya omisión impediría, con arreglo a la normativa local, la presencia de la antena en cuestión. Por su parte, la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A, al oponer la excepción de incompetencia, argumentó que el objeto de autos "...produce una clara y grave interferencia en el servicio de telecomunicaciones que presta mi mandante y que irremediablemente derivará en la imposibilidad de que lo siga haciendo, afectándose así su continuidad y regularidad" y desatiende las previsiones de la ley nacional de telecomunicaciones y el resto de la normativa federal que cita (fs. 28 y 32).

3. La circunstancia de que un pleito comprenda tanto el debate de cuestiones federales como locales no es suficiente para suscitar la competencia federal en desmedro de la natural atribución local para decidir aquellos asuntos que son propios de esa jurisdicción. Todo lo contrario, por regla, los aspectos locales del juicio deben ser atendidos por los magistrados de la jurisdicción en la que ellos se manifiestan o producen efectos, cuyas decisiones en los puntos federales podrá ser revisada, cumplidos los recaudos pertinentes, mediante el recurso extraordinario federal. En tal sentido, se ha dicho que la jurisdicción federal procede cuando la acción se basa directa y exclusivamente en normas federales y, en cambio, ella resultará improcedente si el pleito, además, incluye cuestiones de índole local propias de los jueces también locales (*Fallos,* 330:4055 entre muchos otros) como son, por ejemplo, el control de actos administrativos en materia de habilitaciones o el relativo al cumplimiento de normas locales destinadas a proteger el medio ambiente, supuesto este último expresamente reconocido por la CSJN en los precedentes invocados en el dictamen del señor fiscal general (fs. 111, *Fallos,* 329:2212; 329:2280 y 330:4234). Asignar la revisión de los asuntos propios de los gobiernos locales, que aplican el derecho público respectivo, a la justicia de esas jurisdicciones responde a un principio elemental de nuestro sistema federal, y también encuentra apoyo en la válida presunción de que, como resultado del examen referido, el pleito podría encontrar satisfacción en la jurisdicción local, sin necesidad de instar —aunque sí, por supuesto, con la potestad de hacerlo— el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48. Sólo bajo la estricta observancia de estas condiciones se respetan

los legítimos fueros de las entidades que integran el Gobierno federal dentro de su normal jerarquía (*Fallos,* 315:448 y 323:3279).

Sin perjuicio de ello, cuando el litigio involucra el despliegue de una actividad regulada por normas federales y el dictado de la sentencia pudiera comprometer la prestación del servicio en juego, no debe perderse de vista que, según tiene dicho la CSJN, el interés afectado en tales supuestos excedería el encomendado a los tribunales locales para identificarse con el que corresponde resguardar a la justicia federal (*Fallos,* 324:647 y 325:479, entre otros).

4. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas debe advertirse que, mientras la pretensión esgrimida en autos (transcripta en el punto 2, párrafo segundo) muestra aptitud para afectar el servicio de telefonía alcanzado por este pleito, en cambio, no aparecen suficientemente precisados los aspectos locales comprometidos en tanto se alude a una habilitación irregular que no queda identificada ni aparece explicado el modo en que el accionante conecta las aludidas cuestiones locales con la pretensión articulada. Por lo expuesto, cobra relevancia el hecho de que para apoyar la incompetencia planteada la recurrente ha dicho que el desarrollo de la actividad que despliega está regulado por la Ley Nacional de Telecomunicaciones que "...tiene preeminencia sobre cualquier otra norma provincial o municipal en contrario por ser ley suprema de la Nación, debiendo aquellas autoridades conformarse a ella en forma obligatoria de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 de la C.N." y que esa normativa "...no excluye necesariamente la subsistencia de los poderes locales 'en la medida en que no interfieran y obstruyan los fines que sustentan la jurisdicción nacional'" (fs. 29 y 70).

En suma, conforme las reglas ya reseñadas, y sin que ello implique desconocer la posibilidad de que existan hipótesis de competencia local vinculadas con la temática de estas actuaciones, entiendo que, por sus particularidades, el contenido de la pretensión que da origen al pleito que nos ocupa determina que a éste corresponda el fuero federal.

Por todo lo dicho, oído el señor fiscal general, voto por admitir la queja obrante a fs. 8/13 y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad articulado por la codemandada Telefónica Móviles Argentina S.A; revocar la sentencia dictada por la alzada, en tanto confirma el rechazo de la excepción de incompetencia decidido por la jueza de grado; declarar la incompetencia de la justicia local en relación a la pretensión relativa al desmantelamiento y remoción de la antena de telefonía celular ubicada en la calle Manuel Porcel de Peralta 1458 de esta Ciudad y, oportunamente por quien corresponda, proceder conforme lo establece el art. 286, inc. 1°, del CCAyT. Esta solución se ve recomendada en tanto posibilita a los accionantes efectuar el replanteo de sus pretensiones ante los estrados federales, previa consideración de las consecuencias que de ello eventualmente podrían derivarse. Costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Por las razones que a continuación expongo, la queja de Telefónica Móviles Argentina S.A. (en adelante, "TMA") no puede prosperar.

2. Ante todo, conviene reseñar las particularidades que presenta el trámite de esta causa.

El Sr. Eduardo Blas Fernández, por derecho propio y en su carácter de Primer Vocal en ejercicio de la presidencia de la Asociación Vecinal "Olegario V. Andrade" y el Sr. Luis Alejandro Di Pilla, por derecho propio y en su carácter de Secretario de la mencionada asociación, iniciaron acción de amparo contra el GCBA y contra quienes resulten propietarios y/o legalmente responsables de una antena de telefonía celular ubicada en el predio de Triglav en Manuel Corcel de Peralta 1458 de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando su remoción (fs. 17/25).

Al contestar la demanda, TMA planteó la incompetencia de la justicia local para conocer en el proceso y solicitó que las actuaciones se remitieran al fuero federal (fs. 26/49).

En primera instancia se rechazó la excepción (fs. 84/85 vta.).

Contra la decisión de grado, la empresa interpuso recurso de apelación (fs. 50), que fue concedido por la jueza interviniente.

La Cámara resaltó que la resolución atacada no se encontraba comprendida dentro de los supuestos de decisiones apelables mencionados en el art. 15 de la ley de amparo 16.986 y que por ese motivo el recurso había sido mal concedido. Y afirmó (fs. 86) que "(...) los precisos argumentos señalados [en el dictamen fiscal] en cuanto a la competencia del fuero para seguir entendiendo en el *sub examine*, aconsejan concluir en el rechazo del recurso de apelación deducido".

Contra el pronunciamiento de la Sala I, TMA dedujo recurso de inconstitucionalidad que fue denegado, dando lugar a la queja de fs. 8/13.

3. En primer lugar, la acción de autos fue iniciada antes de la entrada en vigencia de la ley de amparo de la Ciudad 2145.

La magistrada de primera instancia con fecha 7/4/2006 dispuso que serían aplicables "(...) las disposiciones del CCAyT, con la salvedad de que solo serán apelables la sentencia definitiva y las resoluciones que dispongan medidas cautelares". Y agregó que no se podrían articular cuestiones de competencia, excepciones previas ni incidentes (información consultada en el sitio de internet del fuero CAyT *http://basefuero.jusbaires.gov.ar/det_act.php?organismo=J06&tipo=EXP&numero=20093&anio=0&cod=DEMAND&numact=206163&anioact=0*). Sin embargo, el 9/5/2006 la jueza decidió correr traslado a la actora de la incompetencia planteada por TMA. Ello, "(...) en atención al tema traído a debate" (información obtenida en la página de internet del fuero CAyT *http://basefuero.jusbaires.gov.ar/det_act.php?organismo=J06&tipo=EXP&numero=20093&anio=0&cod=CONIN8&numact=210026&anioact=0*).

Ahora bien: sin perjuicio de que la sentenciante finalmente tratara la excepción de incompetencia introducida por la codemandada, el pronunciamiento sobre esa cuestión previa resultaba inapelable de conformidad con las reglas fijadas en la providencia del 7/4/2006.

Por lo tanto, la empresa nunca pudo interponer recurso de apelación contra el rechazo de la excepción de incompetencia dispuesto en la instancia de grado. La jueza de primera instancia tampoco debió conceder esa apelación.

Al arribar las actuaciones a la Cámara, los magistrados señalaron que el rechazo de la excepción opuesta no era apelable en los términos del art. 15 de la ley 16.986 y que, por ende, la apelación de la coaccionada había sido mal concedida.

En este contexto, es obvio que las restantes consideraciones que se incluyen en la resolución del *a quo* no tienen otro carácter que el de un *obiter dictum.* En efecto, si los camaristas concluyeron que el recurso de TMA era *inadmisible*, cualquier señalamiento respecto de su *procedencia* excedió los límites de su competencia.

4. En segundo lugar, es preciso recordar que el recurso de inconstitucionalidad debe articularse contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación de la resolución que lo motiva (arts. 27 y 28, ley 402). Este plazo reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes [en similar sentido, para el recurso de queja "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte n° 2498/03, resolución del 18/12/2003 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'D'Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte n° 3007/04, resolución del 12/8/2004].

Lo que el recurso de inconstitucionalidad de la codemandada y la queja que lo defiende ante este estrado persiguen obtener es la revisión del rechazo de la excepción de incompetencia opuesta.

Ahora bien, el plazo que TMA tenía para interponer eventualmente un recurso de inconstitucionalidad debe computarse a partir de la notificación de la decisión de primera instancia que rechazó la excepción de incompetencia, ya que dicha resolución era inapelable. Por lo tanto, la articulación de un recurso inadmisible (en el caso, la apelación), afectó la temporaneidad del recurso de inconstitucionalidad intentado por la empresa.

He dicho en otras oportunidades que "si la decisión de primera instancia resulta inapelable, y ante la inexistencia de otras vías procesales ordinarias potencialmente aptas para la revisión de la sentencia de grado, es el juzgado el 'tribunal superior de la causa' a que se refiere el art. 27 de la ley 402, sin que tal circunstancia se vea alterada por la previa interposición de un recurso de apelación improcedente que no interrumpe ni suspende el plazo previsto por el art. 28 LPT para interponer el recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 137, CCAyT y doctrina del Tribunal *in re* 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: D'Urso, Her-

nán María c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] ', expte. n° 3007/04, sentencia del 12/8/2004 (...); conf. 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Expreso Cañuelas S.A. s/ejecución de multa', expte. n° 3276/04, del 3/11/2004)" [conf. mi voto en "ObSBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Federación Médica Gremial de la Capital Federal y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3796/05, sentencia del 8/6/2005, entre otros].

Por último, quiero aclarar que lo señalado en este voto, por las peculiaridades del caso y toda vez que la ley aplicable no es materia de agravio, en nada modifica mi postura respecto de la incompatibilidad del dec. ley 16.986 con las disposiciones del art. 14 de la CCBA [conf. mis votos en "Dodero, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5473/07, resolución del 5/3/2008; "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; "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, resolución del 8/5/2002, entre muchos otros].

5. En suma, la queja de fs. 8/13 debe ser rechazada dado que el recurso de inconstitucionalidad al que viene a sostener fue deducido tardíamente. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a los recursos de queja y de inconstitucionalidad articulados por la codemandada Telefónica Móviles Argentina S.A.

2º. *Revocar* la sentencia dictada por la alzada, en tanto confirma el rechazo de la excepción de incompetencia decidido por la jueza de grado; *declarar* la incompetencia de la justicia local en relación a la pretensión relativa al desmantelamiento y remoción de la antena de telefonía celular ubicada en la calle Manuel Porcel de Peralta 1458 de esta Ciudad y, oportunamente, proceder conforme lo establece el art. 286, inc. 1°, del CCAyT.

3º. *Imponer* las costas en el orden causado.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CLXXIV

"LIMPIA BUENOS AIRES S.A. S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'LIMPIA BUENOS AIRES S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Archivo de las actuaciones.

SUMARIO:

1. Corresponde el archivo de las actuaciones si el presentante no dice ser parte en el juicio ni acredita poder para intervenir, ni invoca que viene ante el Tribunal en los términos del art. 42, CCAyT ni cumple con la carga que impone el segundo párrafo de la norma citada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. SAO n° 7461/10 - 15/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Dr. Martín Moller plantea ante el Tribunal una "queja por denegación de justicia" en los autos "Limpia Buenos Aires S.A. c/GIBA s/cobro de pesos", expte. nº 16.008/0 que, según dice, tramita por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2.

Denuncia que "desde el mes de octubre de 2009, hace ya nueve meses, el Juzgado mencionado estaba en condiciones de dictar sentencia", y no lo hizo.

Para fundar su petición refiere que el "hecho que existe un beneficio de litigar" en trámite no justifica la "suspensión del proceso" (fs. 5/7).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El Dr. Moller no dice que sea parte en el juicio en el que se presenta, no acredita poder para intervenir en los autos indicados. No invoca que viene ante el Tribunal en los términos del art. 42, CCAyT ni —obviamente— cumple con la carga que impone el segundo párrafo de la norma citada.

2. En tales condiciones, propicio el archivo de las actuaciones sin más trámite, conforme al criterio sentado en el voto del Dr. Luis F. Lozano —al cual adherí—, en "Echaren, Walter Daniel s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en: 'Echaren, Walter Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4865/06; que a su vez remitió al voto del Dr. José O. Casás en "Locales Altos en Puerto

Madero s/inf. art. 83 del C.C sobre queja por retardo, privación o denegación de justicia", expte. nº 4571/06, resolución del 16/2/2006.

Los jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las presentes actuaciones.

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

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

CLXXV

"VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. C/GCBA-DIRECCIÓN GENERAL DE RENTAS (RESOL. 387-DGR-00) S/RECURSO DE APELACIÓN JUDICIAL C/DECISIONES DE DGR S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

PERITO CONTADOR: Pedido de instrucciones.

Expte. SACAyT n° 6517/09 - 16/7/2010

VISTO Y CONSIDERANDO:

el pedido de instrucciones formulado por la perito,

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Carlos F. Balbín dijeron:

1. La información requerida en el punto 3 de la resolución de fs. 1571 corresponde a la cuenta Banco Citi Nº 11009102 0051. Por otra parte, los movimientos alcanzados por esa requisitoria no pueden más que estar circunscriptos a los ejercicios comerciales que comprenden los períodos fiscales discutidos en autos, circunstancia que de todos modos se desprende de la solicitud formulada por este Tribunal en cuanto señala que sus respuestas deberán basarse "...en el peritaje realizado, la información recabada y los papeles de trabajo elaborados" (fs. 1571). Finalmente, el referido punto 3 que suscita esta consulta abarca tanto la descripción de la operatoria de Planes de Ahorro por los que se adquiere un auto base así como la que involucra la compra de un vehículo distinto al originalmente pactado

y de mayor valor, indicando en ambos casos los movimientos que se registran en la cuenta Banco Citi ya mencionada —o cualquier otra involucrada en las adquisiciones en cuestión— con los recaudos establecidos en la resolución de fs. 1571. Para dar adecuada respuesta a ello, resultará suficiente la descripción detallada de ejemplos representativos de cada uno de los supuestos referidos.

2. El plazo para dar cumplimiento a lo solicitado a fs. 1571 se computará a partir de la notificación de esta providencia.

El juez José O. Casás dijo:

Toda vez que en la resolución del Tribunal adoptada con fecha 12/5/2010 entendí que la medida para mejor proveer requerida por mis distinguidos colegas resultaba innecesaria, considero que no me corresponde interpretar ahora sus alcances para dar respuesta al pedido formulado por la señora perito contadora designada en autos.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar por contestado* el pedido formulado por la perito a fs. 1591 en los términos que surgen de los puntos precedentes.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes, a la perito y a los consultores técnicos.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

CLXXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BERTILOTTI, MARTA ROSA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. ACCIDENTE EN LA VÍA PÚBLICA: Indemnización de daños y perjuicios. RESPONSABILIDAD CIVIL: Requisitos. Antijuridicidad. Relación de causalidad. PERMISO DE OBRA: Incumplimiento. Culpa de terceros y de la víctima del daño. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO. PODER DE POLICÍA: Concepto. Alcances. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Concepto. Alcances.

SUMARIOS:

1. El recurrente no logra rebatir las razones brindadas por la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad, específicamente, no alcanza a demostrar

que los agravios que intenta traer ante esta instancia extraordinaria comprometan la interpretación de cláusulas constitucionales, como lo exige el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Marta Paz).*

2. Las cuestiones que el GCBA pretende que este Tribunal revise se vinculan con la interpretación y valoración de hechos, prueba y normas de índole infraconstitucional que resultan, como principio, ajenas a esta instancia extraordinaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Marta Paz).*

3. La doctrina de la arbitrariedad de sentencia no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio de los jueces, esto es, aquellas que no puedan ser calificadas como una derivación razonada del derecho vigente aplicada a los hechos de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Marta Paz).*

4. La sentencia es arbitraria cuando el magistrado la sostiene sólo en su razonamiento y opinión personales y para así tacharla debería carecer de todo sustento legal y estar fundada sólo en su voluntad o capricho, pues la doctrina de la arbitrariedad atiende a las omisiones y desaciertos de extrema gravedad, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido. *(Voto de la señora jueza Marta Paz).*

5. Para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que se verifique la antijuridicidad o ilicitud, consistente en la violación del ordenamiento jurídico, entendiendo por ello no solo la infracción a deberes impuestos por la ley sino también por la voluntad de las partes; la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual; la relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho —acto u omisión— que lo provocó; y el factor subjetivo —culpa o dolo— u objetivo —sin reproche moral al autor de la conducta— de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

6. A los efectos de la responsabilidad civil es imprescindible que exista una relación de causalidad para atribuirla a un sujeto determinado, ya que no es suficiente la existencia de ilicitud, daño y factor de atribución. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Dado que no se encuentra probado en autos que el propietario haya solicitado el permiso correspondiente para realizar la obra (conf. Sección II, art. 2.1.1.1 del Código de Edificación de la CABA), y, por ende, no está acreditado el conocimiento de los trabajos que se estaban realizando en la vía pública por parte de la MCBA, todas estas obligaciones fueron incumplidas por la empresa que encargó los trabajos, y por el constructor de la obra, por lo que resulta evidente que a raíz de estos incumplimientos —y de la conducta de la actora que imprudentemente decidió caminar por sobre los escombros— fue provocado el hecho dañoso, de modo que cabe concluir que la culpa de terceros y de la propia víctima constituyó la causa adecuada del daño, y en consecuencia exoneró de responsabilidad al Estado porteño en su carácter de dueño de la cosa riesgosa (conf. art. 1113, segundo

párrafo, *in fine*). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

8. La responsabilidad del Estado por falta de servicio puede suscitarse como consecuencia de una acción o de una omisión estatal y este último caso se configura, esencialmente, cuando el Estado no adopta decisiones en ejercicio de la policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, que podrían haber evitado la producción de un evento dañoso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El poder de policía consiste en la limitación o reglamentación de los derechos de las personas por razones de salubridad, moralidad o seguridad pública —según un concepto estricto, proveniente del derecho europeo—, o incluso por razones tendientes a promover el bienestar y prosperidad general —según la doctrina amplia, de origen norteamericano—. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Desde la fase legislativa del poder de policía involucra el Estado local sancionó diferentes normas, entre ellas: el Código de Edificación, que establece innumerables obligaciones para los interesados en realizar obras de, tales como la exigencia de solicitar un permiso a la administración (art. 2.1.1.1); la obligación de señalizar la obra (art. 5.1.2.0) y remover los escombros (art. 5.14.4), así como permitir un paso para los peatones a través de la acera (art. 5.1.1.1). *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Desde la fase administrativa del poder de policía el Estado local tiene el deber de controlar las obras que se realicen en la vía pública, estableciendo recaudos y obligaciones a cargo de quienes realicen dichas obras para garantizar la seguridad y adecuada utilización de quienes transitan las calles y veredas, y controlando el cumplimiento de los mismos, y queda por tanto facultado para llevar adelante inspecciones, y tramitar los procedimientos sancionatorios ante los incumplimientos de los propietarios y constructores que puedan afectar la libre y segura transitabilidad de transeúntes y vehículos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Quien invoca un hecho tiene la carga de probarlo, pues no basta invocar la responsabilidad del GCBA por negligencia en el ejercicio del poder de policía, sin aportar ningún medio de prueba que sostenga la pretensión. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

13. La Cámara, teniendo por acreditado un hecho que, en principio, es imputable al frentista propietario del inmueble, al constructor de la obra, y a la actitud imprudente de la actora que intentó caminar sobre los escombros, dedujo que existía responsabilidad del Estado por ejercicio irregular del poder de policía, sin tener en cuenta que no se encuentra probado en la causa el conocimiento de la obra por parte de la MCBA, situación esta generada a raíz de un incumplimiento por parte del propietario frentista, que tuvo que solicitar un permiso para realizar dichos trabajos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

14. El concepto de poder de policía no puede implicar una función de control continua sobre todas las actividades de cada uno de los habitantes de la Ciudad, pues ello sería como entender que la Administración tiene la obligación de contar

permanentemente con agentes encargados de vigilar el cumplimiento de la norma por parte de los administrados, a punto tal que si uno de ellos incurre en un ilícito, el GCBA podría ser responsable automáticamente por los daños provocados, tesis que llevaría a que no solo sería imposible gobernar y administrar la Ciudad, sino que también se vulneraría gravemente la garantía de igualdad, toda vez que el GCBA vendría a asumir el pago de una sentencia por un hecho ilícito cometido por un particular, beneficiándolo particularmente en perjuicio del resto de la comunidad, puesto que dicho gasto no podría ser utilizado para la prestación de otros servicios. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

15. Si bien el GCBA tiene un deber genérico de mantener en buen estado la vía pública y de controlar el cumplimiento de los recaudos establecidos en la normativa vigente, no parece razonable responsabilizar al GCBA por el incumplimiento de los particulares que llevan a cabo una obra de manera irregular, y sin solicitar el correspondiente permiso, cuando no fue materia de debate el hecho de que la Ciudad ignoraba la existencia de dicha obra, de modo que no existe una omisión antijurídica que torne responsable al GCBA por los daños sufridos por la conducta de los actores. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6584/09 - 16/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Marta Rosa Bertilotti inició una demanda contra Spinetto Shopping Center (denominación luego rectificada por la de Silvio Llaneza e hijos SACI e I), Juan José Corera y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA), por los daños y perjuicios que le provocó el accidente que sufrió el día 26 de septiembre de 1992, ocurrido sobre la vereda del centro de compras de la accionada, ubicado en la intersección de las calles Moreno y Pichincha. La suma que reclamó fue de $ 33.330 (fs. 1/4 vta. y ampliación de fs. 5/6).

Relató que la vereda de que se trata se encontraba cubierta con materiales para la construcción, los que dificultaban la circulación peatonal, provocándole su caída y por ella, doble fractura a la altura del tobillo en su pierna derecha, lo que le implicó un tratamiento complejo y prolongado de recuperación.

2. El GCBA, en cuanto interesa a esta queja, opuso falta de legitimación pasiva. Al respecto, señaló que "…las causales del evento dañoso nacen de una responsabilidad subjetiva y objetiva ajenas a mi parte…". Subsidiariamente, contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 7/19).

3. El juez de primera instancia, en oportunidad de dictar sentencia, resolvió: "… *I.* Rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por el GCBA, con costas a la vencida (conf. art. 62 del CCAyT). *II.* Haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada por Marta Rosa Bertilotti contra Silvio Llaneza e

Hijos SACI e I, Juan José Corera y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por las sumas de catorce mil pesos ($ 14.000) en concepto de incapacidad sobreviniente, de tres mil quinientos pesos ($ 3.500) en concepto de daño moral y de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) en concepto de gastos por los rubros identificados en el considerando XIII, con más intereses… *III.* Imponiendo las costas a las vencidas… (conf. art. 62 del CCAyT)" (fs. 20/32).

Para así decidir, sostuvo —en lo que interesa a esta queja— que: *a)* de acuerdo a la prueba producida, los hechos descriptos por la actora habrían ocurrido de la manera en que fueron relatados por ella, provocando el suceso dañoso denunciado; *b)* el Sr. Corera era dependiente de Silvio Llaneza y que la actora cayó producto de los materiales que aquél había proporcionado para la obra, que tenían como fin su utilización en la remodelación del "shopping"; la relación de ambos codemandados, entonces, encuadraba en el art. 1113 del Cód. Civil, como factor objetivo de atribución de responsabilidad; *c)* la actora había contribuido al acaecimiento del accidente en cuestión, más allá de que los materiales no debían encontrarse ubicados allí, sin la señalización correspondiente, teniendo en cuenta que había visualizado el estado de la acera y aun así se dispuso a transitarla; por lo que distribuyó la responsabilidad en un 50 % a cargo de la Sra. Bertilotti y el otro 50 % a los codemandados; y *d)* el GCBA tenía a su cargo el ejercicio del poder de policía sobre una materia que era de su competencia: el cuidado de las calles y aceras; razón por la cual, no pudo eludir el deber de control, ya que era el responsable de que las aceras fuesen transitables y seguras para los peatones. En cuanto a los rubros y pretensión de resarcimiento de la actora, entendió que la incapacidad sobreviniente y el daño psíquico debían, en atención a su estrecha relación, englobarse en el rubro "incapacidad sobreviniente". Para arribar a la suma de $ 14.000, ponderó los peritajes médicos y psicológicos practicados a la actora, así como sus condiciones particulares: abogada, sin ingreso fijo, que al momento del accidente tenía 37 años de edad. En atención a la repercusión que había tenido el accidente de marras en la esfera espiritual de la demandante, le otorgó la suma $ 3.500 en concepto de daño moral. Respecto de los gastos en que la accionante debió incurrir, producto de los daños ocasionados por el accidente, consideró que a pesar de que no se encontraban acreditados en la causa, reiterada jurisprudencia había manifestado que su prueba no era necesaria ya que el devenir de los hechos lo presumía, por lo que otorgó por este rubro $ 2.500.

4. Disconforme con lo decidido, el GCBA interpuso recurso de apelación (fs. 33/42).

Sus agravios giraron en torno de la atribución de responsabilidad a su parte, en tanto se lo hizo responsable directo del hecho acaecido cuando quien debía responsabilizarse por el accidente era el propietario frentista, ya que se encontraba a su cargo el mantenimiento y conservación de la acera. También cuestionó el resarcimiento otorgado por el juez de grado, toda vez que la actora no presentaba una incapacidad grave que le impidiese desarrollar sus tareas en forma normal, sobre todo teniendo en cuenta que se desempeña como abogada y que una lesión

en un miembro inferior en nada merma su capacidad laboral. Iguales consideraciones trasladó al daño psíquico, por considerar que el accidente era insusceptible de producirlo, destacando que el juez de primera instancia no había esgrimido ninguna razón para establecer que la actora sufrió trastornos psicológicos. Impugnó la indemnización otorgada en concepto de daño moral, pues el sentenciante de grado —a su criterio— la fundó en meras potencialidades; así como las sumas concedidas por el rubro "gastos", dado que la actora no los había acreditado y la sentencia había presumido que ni las obras sociales, ni las prepagas cubrían en principio tales egresos. En esta oportunidad, solicitó la aplicación de los arts. 399 y 400 del CCAyT y de la ley nacional 23.982 a los fines de establecer un plazo para el pago de la condena.

5. Contestado por la parte actora el respectivo traslado de la apelación presentada por el GCBA (fs. 43/50 vta.), la Sala II de la Cámara CAyT resolvió —en lo atinente a esta queja— "…*I.* Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto ha sido materia de agravios…" (fs. 55/63 vta.).

Fundamentó la solución a que arribó —que en el caso se va a circunscribir a lo que luego será motivo del recurso de inconstitucionalidad y queja planteados por el GCBA— en que: *i)* no había dudas de que el GCBA debió cuidar el estado general de las aceras a pesar de que no hubiese actuado en forma directa como adujo, dado que el hecho dañoso, muchas veces "…y como en el caso, presenta una cantidad de partícipes que hacen a la necesariedad de la culminación en la provocación del daño…"; *ii)* la responsabilidad que se le atribuía al Estado local corresponde a la que se derivaría *per se* por ser el dueño o guardián de la cosa; *iii)* no habiendo demostrado el Estado local su debido control o supervisación de la obra en cuestión, resultaba también responsable por omisión del desenlace del infortunio; y *iv)* la distribución de responsabilidad no se había efectuado en un ciento por ciento a su parte, sino que también eran responsables del evento dañoso el propietario frentista, y quien tenía a cargo la obra; así como la actora.

6. Contra dicha sentencia, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 64/77 vta.).

Calificó la sentencia dictada de arbitraria. La cuestión constitucional —según afirmó— aparecía clara ya que la sentencia en crisis: *1)* violaba el derecho de defensa en juicio (por no haber tenido en cuenta los hechos expresados por su parte en oportunidad de contestar la demanda y de ofrecer la respectiva prueba), el de propiedad (por sustraer del erario público dinero para hacer frente a una indemnización acordada en una sentencia desprovista de todo fundamento legal); afectaba los principios de legalidad (en tanto había rechazado la correcta aplicación de las normas pertinentes), razonabilidad (dado que el control continuo y permanente sería una actividad de cumplimiento imposible, ya que implicaba la permanencia de un representante del GCBA en cada una de las obras que se ejecutan); vulneraba, además, el sistema republicano de gobierno y la división de poderes, toda vez

que existía en el fallo recurrido una manifiesta invasión de un poder sobre otro; *2)* ignoraba hechos decisivos y relevantes para la causa, prescindía también de argumentos decisivos planteados por su parte; pues no existía nexo de causalidad adecuado entre el daño probado y la conducta imputada al GCBA; y *3)* realizaba una "interpretación imprevisora" de las normas jurídicas locales, desde que el alcance de responsabilidad que consagra en autos convertía a su parte en asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no estaba obligado a responder.

7. Luego de contestado el traslado por la parte actora del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (fs. 103/106), la Cámara de Apelaciones lo declaró inadmisible. Ello así, frente a la inexistencia de caso constitucional, en tanto las materias que fueron objeto de tratamiento y decisión en la sentencia recurrida se circunscribieron a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y normas infraconstitucionales de derecho común. Agregó, además, que la sola mención de que se habrían vulnerado los derechos de defensa en juicio, de propiedad y el principio de división de poderes no era fundamento suficiente para configurar un caso constitucional. En cuanto a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, señaló que "…más allá de la circunstancia de que la recurrente discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido…" (fs. 78 y vta.).

8. Frente al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA planteó un recurso de queja ante estos estrados (fs. 80/96).

Tras reiterar argumentos expuestos en oportunidad de articular el recurso de inconstitucionalidad, señaló que la alzada no advirtió que se habían configurado graves vicios *in procedendo* que sustentaban "el alcance constitucional del derecho de propiedad y del debido proceso" y que la sentencia se apartaba de la normativa vigente que regía la situación de hecho (responsabilidad primaria). Tampoco, habría advertido la Cámara, a su criterio, la trascendencia de esta causa, en la medida que había transformado las reglas básicas de todo proceso, imponiéndole a su parte la obligación de probar un hecho negativo, o, más correctamente, un no hecho. Insistió en que "…al no reconocerse el agravio federal resultante del proceso, al omitir la prueba obrante en la causa o ignorar el derecho aplicable se afecta directamente no sólo la garantía constitucional de defensa en juicio, sino que también el derecho de propiedad tutelado por el art. 17 de la C.N…".

9. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja, por cuanto "…las cuestiones alegadas por el GCBA en sustento de los recursos de inconstitucionalidad y de queja no habilitan —en principio— su tratamiento por ante esta instancia extraordinaria, pues los argumentos expuestos no logran conectar aquellas cuestiones con la infracción a las normas y principios constitucionales invocados…" (fs. 110/112).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El escrito de queja no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —ausencia de caso constitucional e inexistencia de arbitrariedad—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

2. El recurrente no logra rebatir las razones brindadas por la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad, específicamente, no alcanza a demostrar que los agravios que intenta traer ante esta instancia extraordinaria comprometan la interpretación de cláusulas constitucionales, como lo exige el art. 27 de la ley 402.

En efecto, de la reseña apuntada al comienzo de este pronunciamiento, surge claramente que las cuestiones que el GCBA pretende que este Tribunal revise se vinculan con la interpretación y valoración de hechos, prueba y normas de índole infraconstitucional. Tales cuestiones resultan, como principio, ajenas a esta instancia extraordinaria.

La mera invocación de derechos o principios constitucionales —v. gr. derecho de defensa en juicio, de propiedad y principios de legalidad, razonabilidad y división de poderes— no resulta suficiente para habilitar la intervención de este estrado. El recurrente no logra establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que se invoca y la solución del caso en estudio. En este sentido, es del caso recordar que la referencia ritual, 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. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

3. En cuanto a la arbitrariedad de la sentencia, que alega el GCBA, el Tribunal ha señalado en múltiples precedentes que esa doctrina no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio de los jueces, esto es, aquellas que no puedan ser calificadas como una derivación razonada del derecho vigente aplicada a los hechos de la causa (conf. "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi, Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608; 323:2196

y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). Más allá del acierto o error del pronunciamiento impugnado, el recurrente no han demostrado que esos extremos se configuren en el *sub examine*.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 80/96.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 80/96).

2. Es oportuno recordar las razones que llevaron a la Sala II de la Cámara CAyT a declarar inadmisible al recurso de inconstitucionalidad (auto de fs. 78/78 vta.):

a) Las cuestiones decididas en la sentencia de fondo versaron exclusivamente sobre asuntos de índole infraconstitucional: hechos, prueba e interpretación de derecho común.

b) El recurso de inconstitucionalidad abunda en meras discrepancias con lo resuelto.

c) Los derechos constitucionales invocados carecen de toda vinculación argumental con la decisión adoptada.

d) Ausencia de arbitrariedad de la sentencia.

3. Como lo anticipara, la queja no puede ser admitida.

El GCBA no cumple la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no rebate los argumentos expuestos en el auto denegatorio; que fueran indicados en el apartado anterior.

El escrito en análisis contiene un único capítulo destinado a objetar el resolutorio de fs. 78/78 vta.: *V. Impugna denegación del recurso de inconstitucionalidad* (fs. 86 vta./94 vta. —con mayúsculas en el texto original).

De la lectura del apartado aludido se sigue que la quejosa apenas formula ciertas referencias genéricas al auto denegatorio: que exhibe "…una fundamentación aparente…" (fs. 86 vta.) e "…incurre en un serio error de apreciación" (fs. 87).

Las afirmaciones reproducidas arriba no fueron acompañadas de una explicación que las justifique y, por tanto, se tornan insustanciales.

En todo lo demás, el punto V de la queja vuelve sobre objeciones vinculadas a criterios de valoración de hechos e interpretación de derecho común de la sentencia de fondo.

Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo que no se verifica en la causa.

4. Por ello, voto por rechazar la queja que dedujera el GCBA (fs. 80/96).

La jueza Marta Paz dijo:

1. Adhiero al voto de los Dres. Luis F. Lozano y Alicia Ruiz, correspondiendo en consecuencia el rechazo de la queja en trato por no superar la misma los requisitos de admisibilidad.

2. El recurso no cumple con los recaudos de la carga de fundamentación exigida por el art. 33 de la ley 402, al no rebatir puntualmente los fundamentos de la sentencia de 2ª instancia, por lo que no resulta procedente considerar la cuestión de fondo.

Tampoco se ha demostrado la violación de cláusulas constitucionales, como exige el art. 27 de la ley 402.

Ni se han desvirtuado las razones en que se funda la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

Al respecto, tiene dicho la jurisprudencia que "el recurso de inconstitucionalidad en su desarrollo expositivo debe ser autosuficiente, esto es, demostrar los errores jurídicos que a juicio del recurrente padece el fallo que impugna" (SCJBA, 16/4/2003, "Village Cinemas S.A. c/Municipalidad de Avellaneda s/ amparo", definitiva, Ac. 83.866, LexisNexis, sum. 14/85.256; id, 30/11/1984)… "Es insuficiente el recurso extraordinario de inconstitucionalidad que se da en una afirmación desprovista de toda demostración" (SCBA 28/3/1995, "A. s/infracción ley 8031", P-56.697-S).

3. En cuanto a la pretendida arbitrariedad de la sentencia invocada por la quejosa, comparto su rechazo, por cuanto las objeciones del impugnante pueden calificarse como meras discrepancias con lo resuelto que, a mi juicio, no logran señalar la posible existencia de un defecto de la magnitud para que el recurso resulte procedente, pues, si bien alude a que la sentencia recurrida es "arbitraria", no se advierte, y tampoco demuestra, los motivos que sustentan tal afirmación.

La sentencia es arbitraria cuando el magistrado la sostiene sólo en su razonamiento y opinión personales. Para así tacharla debería carecer de todo sustento legal y estar fundada sólo en la voluntad o capricho del magistrado, pues la doctrina de la arbitrariedad atiende a las omisiones y desaciertos de extrema gravedad, que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido.

Tiene que poseer tal magnitud que constituya claramente una derivación irrazonable del derecho vigente.

La Corte Suprema de la Nación ha establecido que "la doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el pronunciamiento de los jueces como la sentencia fundada en ley a la que hace referencia el art. 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros), lo que no ocurre en este caso.

Conteste con lo anterior la doctrina sostiene que "es inatendible el recurso que no traspasa los límites de la exhibición de una subjetividad" (Morello, Augusto M., *Prueba, incongruencia, defensa en juicio*, Abeledo-Perrot, 1977, p. 131).

No puede catalogarse como arbitrario el análisis efectuado, ante la correspondencia entre la prueba y normas legales aplicables y la conclusión arribada en el fallo.

4. Por todo lo expuesto, corresponde el rechazo del recurso de queja que dedujo el GCBA (fs. 86/90).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), y plantea una crítica concreta y razonada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, y como veremos a continuación, contrariamente a lo manifestado por la Cámara, el GCBA demuestra la existencia de un genuino caso constitucional centrado en la arbitrariedad de la sentencia por apartarse de la normativa aplicable a la causa, y la consecuente violación a las garantías de debido proceso, igualdad ante la ley y defensa en juicio, con afectación del erario público.

En virtud de lo expuesto, corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

2. La Cámara sostuvo la responsabilidad del Estado local por ser el dueño o guardián de los espacios del dominio público y por el ejercicio irregular del poder de policía, respecto del control de las condiciones en que se encontraba la acera en el lugar del siniestro.

En tal sentido, sostuvo el Dr. Russo en su voto que "no caben dudas de que el GCBA debió cuidar el estado general de las aceras a pesar de que no haya actuado en forma directa"; y que "la responsabilidad que se le atribuye al Estado local corresponde a la que se derivaría por ser el dueño o guardián de la cosa y por el hecho de haber asumido el control de un servicio público, por lo que no puede alegar su exoneración", fundamentos estos con los que coincidió la Dra. Daniele.

Por su parte, la Ciudad, en su recurso de inconstitucionalidad, se agravió en que no puede atribuírsele responsabilidad, puesto que "no existe conducta alguna atribuible al GCBA, que pueda ser considerada causa adecuada del accidente que ocasionara las lesiones de la actora".

Sostuvo que la Cámara no integró debidamente el marco normativo que rige la noción de poder de policía que atañe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; que la sentencia realiza una interpretación imprevisora de las normas locales y consagra un alcance de la responsabilidad del Estado local que lo convierte en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder. Agregó que el error conceptual en el que incurrió la Cámara, al interpretar el alcance del poder

de policía local, rompe la total unidad del orden jurídico y el ámbito de la libertad individual, quedando todo a merced de simples órganos administrativos. Finalmente, sostuvo que los responsables de no haber mantenido expedita y/o señalizada el área en cuestión fueron el dueño del inmueble, y, en este caso, la persona contratada para efectuar las obras.

3. Corresponde, en primer término, describir los hechos probados en la causa.

Se encuentra acreditado que en la esquina de las calles Moreno y Pichincha la vereda se encontraba cubierta de materiales para la construcción, producto de las obras que se estaban realizando en el Spinetto Shopping. También se ha probado el incumplimiento del constructor de la obra, ya que no había una pasarela que permita el paso de los peatones por la vereda sobre la que se encontraban dichos materiales. Por último, tampoco existe discusión acerca de que la actora caminó sobre los escombros, y al pisar algunas piedras resbaló y se cayó al piso, lo que le generó una doble fractura de tibia y peroné.

4. Para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que se reúnan los siguientes presupuestos:

a) antijuridicidad o ilicitud, consistente en la violación del ordenamiento jurídico, entendiendo por ello no solo la infracción a deberes impuestos por la ley —en sentido amplio— sino también por la voluntad de las partes;

b) la existencia de un daño —patrimonial y/o moral— cierto, concreto y actual;

c) relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho —acto u omisión— que lo provocó;

d) factor subjetivo —culpa o dolo— u objetivo —sin reproche moral al autor de la conducta— de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto.

Vemos, entonces, que la relación de causalidad es imprescindible para atribuirle la responsabilidad a un sujeto determinado, ya que no es suficiente la existencia de ilicitud, daño y factor de atribución.

La determinación, en un caso concreto, de cuáles fueron las causas eficientes del resultado dañoso, suele ser una tarea difícil, ya que los hechos son fenómenos complejos por la concurrencia o concatenación de distintas circunstancias que actúan como condición del resultado. Sin embargo, no todas las condiciones —negativas y positivas— que contribuyeron a la producción de un resultado pueden generar responsabilidad civil en su autor.

Para determinar, en el ámbito de la responsabilidad civil, a qué causas atribuirles el resultado dañoso, se han elaborado distintas teorías. Nuestro Código Civil adopta una de ellas: la teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa sería aquella que según el "curso natural y ordinario de las cosas" es idónea para producir el resultado (doctrina art. 901, Cód. Civil).

En consecuencia, para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir considerar si el acto u omisión del presunto responsable era idóneo para producir regular o normalmente ese resultado; y ese juicio de previsibilidad debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en *abstracto,* hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión (Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 7ª ed. ampl. y puesta al día, nº 591/592, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 252).

5. En primer lugar analizaré si el Estado local es responsable con fundamento en el art. 1113 Cód. Civil y su carácter de dueño de la cosa riesgosa —vereda en mal estado de transitabilidad.

Ha quedado acreditado en autos que el accidente fue causado parcialmente por el mal estado en que se encontraba la vereda, en la que se estaba realizando una obra sin cumplir con los elementales recaudos que permitan un tránsito seguro, ya que se habían acumulado allí materiales de construcción sin habilitar una pasarela que permita el paso de los peatones.

Sin embargo, en este caso existen factores (causas ajenas) que produjeron la ruptura del nexo causal, y en consecuencia la exoneración de responsabilidad del Estado local: la culpa de la víctima y la de terceros por quien el GCBA no tiene deber de responder (el propietario frentista, Silvino Llaneza e Hijos SACI e I, y el constructor de la obra, el señor Juan José Correa).

Del informe de fs. 271, de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, surge que dicho órgano no posee constancias de los antecedentes de la obra, ni del permiso que debió solicitar el frentista para realizarla. Es decir, que no se encuentra probado en autos que el propietario haya solicitado el permiso correspondiente para realizar la obra (conf. Sección II, art. 2.1.1.1 del Código de Edificación de la CABA), y, por ende, no está acreditado el conocimiento de los trabajos que se estaban realizando en la esquina de las calles Moreno y Pichincha, en la vereda del Spinetto Shopping, por parte de la MCBA.

El Código de Edificación local establece en su art. 5.1.1.1 que "antes de iniciar una obra se deberá colocar una valla provisoria al frente de un predio, en la longitud necesaria del mismo para cualquier trabajo que por su índole sea peligroso, incómodo o signifique un obstáculo para el tránsito en la vía pública"; y en su art. 5.14.4 dispone que "queda prohibida la descarga y ocupación de la vía pública (calzada y espacio por fuera del lugar cercado por la valla provisoria) con materiales, máquinas, escombros u otras cosas de una obra. Tanto la introducción como el retiro de los mismos deberá hacerse, respectivamente desde el camión al interior de la obra y viceversa, sin ser depositados ni aun por breves lapsos en los lugares vedados de la vía pública sancionados en este articulo, haciéndose acreedores los responsables de las infracciones que por dichos motivos se cometan. Constructor y propietario solidariamente, a la aplicación de las penalidades vigentes".

Todas estas obligaciones fueron incumplidas por la empresa Silvino Llaneza e Hijos SACI e I, que encargó los trabajos, y por el constructor de la obra, el señor Juan José Correa. Y de acuerdo con las probanzas de autos, resulta evidente que a

raíz de estos incumplimientos —y de la conducta de la actora que imprudentemente decidió caminar por sobre los escombros— fue provocado el hecho dañoso.

Por lo expuesto, cabe concluir que la culpa de terceros (Silvino Llaneza e Hijos SACI e I, el señor Juan José Correa) y de la propia víctima (Marta Bertilotti) constituyó la causa adecuada del daño, y en consecuencia exoneró de responsabilidad al Estado porteño en su carácter de dueño de la cosa riesgosa (conf. art. 1113, párr. 2º, *in fine*).

6. Resta dilucidar si el GCBA puede ser responsabilizado con fundamento en la falta de servicio invocada por el accionante. Concretamente, lo que le atribuye la actora al Estado local es el deber de reparar derivado de la negligencia en el ejercicio del poder de policía.

6.1. Según la doctrina y jurisprudencia actualmente mayoritaria, y conforme lo sostiene la Corte a partir del *leading case* "Vadell" del 18/12/1984 (*Fallos,* 306:2030), la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima reposa en la idea objetiva de la "falta de servicio" contenida en el art. 1112 Cód. Civil, según la cual "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución" (*Fallos,* 306:2030). Se trata de un supuesto de responsabilidad directa, toda vez que "la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (*Fallos,* 306:2030). Y la determinación de la falta de servicio en cada caso particular "entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño" (*Fallos,* 321:1124).

La responsabilidad del Estado por falta de servicio puede suscitarse como consecuencia de una acción o de una omisión estatal. Este último caso se configuraría, esencialmente, cuando el Estado no adopta decisiones en ejercicio de la policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, que podrían haber evitado la producción de un evento dañoso.

La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, es decir cuando el Estado incumple una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civil), y no un deber genérico o difuso (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, tomo I, 5ª ed. actualiz., pp. 300/301, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997). En caso de no constatarse este presupuesto esencial de la responsabilidad civil —antijuridicidad o ilicitud—, no existiría deber de responder.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en un reciente fallo que "...la mera existencia de un poder de policía que corresponde al

Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (*Fallos,* 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265 y 3023; 326:608, 1530 y 2706).// En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas.// Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.// La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar..." (CSJN, 6/3/2007, "Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros", *Fallos,* 330:563).

6.2. Ahora bien, admitir en este supuesto la responsabilidad estatal equivaldría a sostener que el Estado local es garante de cualquier accidente que sufra un transeúnte en vía pública, aunque la causa del accidente obedezca al actuar negligente de terceros o de la propia víctima.

El poder de policía consiste en la limitación o reglamentación de los derechos de las personas por razones de salubridad, moralidad o seguridad pública —según un concepto estricto, proveniente del derecho europeo—, o incluso por razones tendientes a promover el bienestar y prosperidad general —según la doctrina amplia, de origen norteamericano—. El poder de policía involucra una fase legislativa —dictado de las normas generales— y una administrativa —aplicación y control del cumplimiento de dichas normas.

En la primera de estas fases, el Estado local sancionó diferentes normas, entre ellas: el Código de Edificación, que establece innumerables obligaciones para los interesados en realizar obras de la naturaleza que nos ocupa, tales como la exigencia de solicitar un permiso a la administración (art. 2.1.1.1); la obligación de señalizar la obra (art. 5.1.2.0) y remover los escombros (art. 5.14.4), así como permitir un paso para los peatones a través de la acera (art. 5.1.1.1). Asimismo, la entonces Municipalidad de Buenos Aires emitió la ordenanza 33.721/MCBA/77, que modificó en algunos aspectos el referido Código, y estableció en su art. 1º que "la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas, compete al propietario frentista".

Sobre este primer punto (la creación de normas que reglamentan los derechos constitucionales), no hay comportamiento negligente alguno que reprochar a la Ciudad. Ahora, corresponde analizar la segunda etapa, denominada por la

doctrina "policía administrativa", que comprende la actividad de los órganos de la Administración relacionada con la aplicación de dichas normas. Es en este punto donde a mi juicio, la sentencia de la Cámara es irrazonable.

Cierto es que el uso y goce de los bienes de dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de ponerlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos (CSJN; *LL* 1994-C-179; *JA* 1995-1-235, entre otros).

En ejercicio de la policía administrativa, el Estado local tiene el deber de controlar las obras que se realicen en la vía pública. Lo debe hacer estableciendo recaudos y obligaciones a cargo de quienes realicen dichas obras para garantizar la seguridad y adecuada utilización de quienes transitan las calles y veredas, y controlando el cumplimiento de los mismos. Para ello, está facultado para llevar adelante inspecciones, y tramitar los procedimientos sancionatorios ante los incumplimientos de los propietarios y constructores que puedan afectar la libre y segura transitabilidad de transeúntes y vehículos.

Pero para responsabilizar a la Ciudad habría que analizar las funciones atribuidas a los distintos órganos y cómo fueron desarrolladas, teniendo en cuenta los medios de que disponen y la previsibilidad del hecho, a fin de establecer si el servicio fue prestado, o no, regularmente.

Nada de esto surge de la sentencia de la Cámara, la que solo remite a un par de citas jurisprudenciales y algunas normas atributivas de competencia sobre el poder de policía municipal para concluir en la responsabilidad del Estado local.

6.3. Por regla general, quien invoca un hecho tiene la carga de probarlo. En la presente causa, la actora invocó la responsabilidad del GCBA por negligencia en el ejercicio del poder de policía, pero no aportó ningún medio de prueba que sostenga su pretensión.

Por su parte, la Cámara, teniendo por acreditado un hecho que, en principio, es imputable al frentista propietario del inmueble, al constructor de la obra, y a la actitud imprudente de la actora que intentó caminar sobre los escombros, dedujo que existía responsabilidad del Estado por ejercicio irregular del poder de policía. Pero para resolver de esta forma no tuvo en cuenta que no se encuentra probado en la causa el conocimiento de la obra por parte de la MCBA, situación esta generada a raíz de un incumplimiento por parte del propietario frentista, que tuvo que solicitar un permiso para realizar dichos trabajos. En consecuencia, mal podría el Estado local ejercer el control sobre la obra, realizar inspecciones, o iniciar los correspondientes procedimientos sancionatorios por los incumplimientos del constructor. Nunca fue materia de pleito siquiera si la Administración conocía la existencia de dicha obra. Nunca se valoró con qué medios contaba la Ciudad para prevenir dicha situación, ni la previsibilidad del daño por parte de dichos órganos, ni la relación de la actora con el servicio, cuya prestación irregular alega.

Distinta sería la situación si se hubiera acreditado que existió un concreto, absoluto y reprochable desinterés del Estado local en el ejercicio del poder de contralor de esta obra en particular, pero en este caso no existe ninguna prueba que corrobore una situación de este estilo.

En este entendimiento, pareciera ser que el concepto de poder de policía propuesto por la Cámara viene a ser algo así como una función de control continua sobre todas las actividades de cada uno de los habitantes de la Ciudad. Sería como entender que la Administración tiene la obligación de contar permanentemente con agentes encargados de vigilar el cumplimiento de la norma por parte de los administrados, a punto tal que si uno de ellos incurre en un ilícito, el GCBA podría ser responsable automáticamente por los daños provocados.

De seguirse esta tesis, no solo sería imposible gobernar y administrar la Ciudad, sino que también se vulneraría gravemente la garantía de igualdad, toda vez que el GCBA vendría a asumir el pago de una sentencia por un hecho ilícito cometido por un particular, beneficiándolo particularmente en perjuicio del resto de la comunidad, puesto que dicho gasto no podría ser utilizado para la prestación de otros servicios.

En conclusión: si bien el GCBA tiene un deber genérico de mantener en buen estado la vía pública y de controlar el cumplimiento de los recaudos establecidos en la normativa vigente, no parece razonable responsabilizar al GCBA por el incumplimiento de los particulares que, como en el caso, llevan a cabo una obra de manera irregular, y sin solicitar el correspondiente permiso, cuando no fue materia de debate el hecho de que la Ciudad ignoraba la existencia de dicha obra. Por lo tanto, no existe una omisión antijurídica que torne responsable al GCBA por los daños sufridos por la conducta de los actores.

7. En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que no se configuran en el caso dos de los presupuestos esenciales e ineludibles para determinar la responsabilidad del Estado local: la antijuridicidad y la relación de causalidad.

El fallo recurrido de la Cámara, al omitir ponderar este extremo, incurrió en una clara arbitrariedad lesiva del derecho al debido proceso y del derecho de propiedad del GCBA, ya que lo obliga a responder patrimonialmente por los daños sufridos por la actora sin que existan fundamentos jurídicos serios para condenarlo. Ello amerita la revocación de la sentencia y el rechazo de la demanda entablada contra el GCBA, en los términos del art. 31, segundo párrafo, de la ley 402.

Por lo tanto, voto por:

a) Admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) Revocar la sentencia de la Cámara de fs. 584/592 vta., confirmatoria de la de primera instancia de fs. 497/504, en cuanto estableció la responsabilidad del GCBA por el hecho dañoso sufrido por la señora Marta Bertilotti, y en consecuencia rechazar la demanda entablada por la actora contra el GCBA.

c) Imponer las costas devengadas por la intervención del GCBA en todo el proceso a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con lo expresado por mi colega la doctora Ana María Conde, en cuanto concluye que los agravios planteados por la parte demandada configuran un caso constitucional que debe ser atendido. Es por ello que corresponde ingresar en el examen de los planteos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad que la queja del Gobierno defiende ante este estrado.

2. También considero que los fundamentos brindados por la Sala II de la Cámara CAyT en la sentencia objetada no resultan hábiles para abastecer su conclusión —consistente en atribuir responsabilidad al Estado local por el accidente sufrido por la señora Marta Rosa Bertilotti el día 26/9/1992 en la acera correspondiente a la intersección de las calles Moreno y Pichincha—. Es que, en efecto, se advierte que en el *sub examine* no se han acreditado acabadamente los distintos presupuestos básicos que deben verificarse para obligar al GCBA a resarcir a la accionante por los hechos que motivan la pretensión —por un lado, por la responsabilidad que pudiera caberle con fundamento en lo dispuesto en el art. 1113, segundo párrafo del Cód. Civil, en su carácter de *dueño o guardián* de la *cosa* que se ha calificado como *riesgosa* y, por otro, por la alegada *falta de servicio* en la que supuestamente habría incurrido al omitir ejercer el poder de policía sobre la obra que de manera irregular se estaba llevando a cabo en el lugar comercialmente conocido como Spinetto Shopping.

3. En punto a la responsabilidad del GCBA que se derivaría de su condición de dueño o guardián de la vereda donde ocurrió el infortunio existen pruebas suficientes que, vistas en conjunto a la luz de las regulaciones aplicables en la especie, logran acreditar de manera acabada que el nexo de causalidad invocado por la actora para sustentar su pretensión se ha visto claramente interrumpido, a raíz del accionar de terceros por los cuales el GCBA no debe responder —el frentista que encomendó las tareas que se estaban realizando en la intersección de las calles Moreno y Pichincha y el constructor de la obra—, así como el de la propia víctima.

4. En cuanto al planteo que se orienta a intentar demostrar una "falta de servicio" del Estado local en el ejercicio de su poder de policía, comparto en líneas generales lo expresado en el voto de mi colega la Dra. Ana María Conde, en tanto resulta evidente que, en el caso, la parte actora tampoco ha aportado y producido la prueba idónea que permita demostrar la irregularidad que denuncia.

Sólo deseo agregar que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "para considerar que el Estado… o sus organismos o entidades son responsables por falta de servicio, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama" (*Fallos,* 329:3966), reflexión que además cobra especial significación en casos como el presente, donde, tal como lo sostiene mi colega en el voto al que adhiero, se pretende acreditar una *omisión estatal* en el

cumplimiento de funciones típicas del poder de policía que se encuentran reguladas mediante preceptos básicos y generales.

Sobre este tema específico, el siempre recordado doctor Guillermo A. Muñoz, distinguido integrante de este Tribunal Superior de Justicia, se preguntó en alguna ocasión si todas, la mayoría o cualquier omisión estatal es capaz de generar responsabilidad. A lo que respondió con palabras que me permito compartir: "Pareciera que no. (…) Todo parece indicar que ésa no es la idea, que ése no es el sistema jurídico y económico que impera en nuestro país" (conf. Muñoz, Guillermo A., "Responsabilidad del Estado por omisión", en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, pp. 89 y ss., en especial p. 91, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001). Porque tal como lo sostiene el académico doctor Juan Carlos Cassagne, "el Estado no puede transformarse en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que enfrentan los ciudadanos por la circunstancia de vivir en comunidades medianamente organizadas" (conf. Cassagne, Juan Carlos, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema", *LL*, 2000-D, 1219 y ss.).

En este mismo sentido, el Alto Tribunal federal ha tenido ocasión de señalar en fecha reciente que "sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende la actora, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables (…).// Cabe señalar que en estos casos —de conducta antijurídica por omisión— sólo le puede caber responsabilidad al Estado… si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, máxime cuando una conclusión contraria llevaría al extremo —por cierto absurdo— de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera" (del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, Dra. Laura M. Monti, que la Corte hace suyo, *in re* "Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios", sentencia del 20/10/2009, registro del Alto Tribunal P.681.XLIII).

5. En virtud de las consideraciones expuestas, comparto el dispositivo que propone en su voto mi colega la doctora Ana María Conde, consistente en: *a)* Admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA; *b)* Revocar la sentencia objetada en cuanto estableció la responsabilidad del GCBA por el daño sufrido por la Sra. Bertilotti a raíz del accidente sufrido el día 26/9/1992 y rechazar la demanda a su respecto, y *c)* Imponer las costas devengadas por la intervención del GCBA en todo el proceso a la parte actora (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Marta Paz.*

CLXXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TROISI, ALBERTO FABIÁN C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'" Y SU ACUMULADO, EXPTE. Nº 6795 "TROISI, ALBERTO FABIÁN S/QUEJA POR DENEGACIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TROISI, ALBERTO FABIÁN C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Concepto. Alcances. Derecho de defensa. EMPLEO PÚBLICO: Aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo. TRABAJO INSALUBRE Y PELIGROSO: Actividad radiológica. Jornada reducida de trabajo. PAGO DE HORAS EXTRAORDINARIAS: Enriquecimiento sin causa. Perjuicio a la Administración.

SUMARIOS:

1. Resulta cuestionable que el Tribunal Superior de la causa incursione sobre los agravios del recurso de inconstitucionalidad para establecer si "existe caso constitucional" lo que, además de comprometer su competencia —agotada en el aspecto cognitivo con la firma de la decisión definitiva—, lo lleva a realizar una tarea en la que no puede ser neutral (justificar o no, la plausibilidad primaria de unos agravios que critican la labor del revisor). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El demandado tacha de arbitraria la sentencia por la valoración que realiza el tribunal superior de la causa de las circunstancias de hecho y la aplicación del derecho común en un sentido no preferido por el impugnante, pero ese resultado no importa sin más la violación del derecho de defensa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La doctrina de la arbitrariedad de sentencia no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Los recursos de queja deducidos por la parte actora y el Gobierno de la Ciudad no pueden prosperar toda vez que más allá del examen atinente al cumplimiento de los recaudos formales de admisibilidad (art. 33, LPTSJ), lo cierto es que los agravios vertidos por los recurrentes sólo traducen un disenso con las conclusiones a las que arribó la Cámara, pero sin un desarrollo crítico que ponga en evidencia la existencia de un caso constitucional. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

5. La doctrina de la arbitrariedad de sentencia no puede tratarse de una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio para que el Tribunal Superior conozca sobre decisiones manifiestamente carentes de fundamentos y que, de esa manera, lesionen el derecho de defensa, en cuanto éste incluye el derecho a obtener una sentencia fundada en el derecho positivo aplicable a los hechos de la causa. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

6. La Ley de Contrato de Trabajo está excluida del ordenamiento jurídico positivo aplicable a las relaciones de empleo público de los trabajadores del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires —conf. art. 1º de la ley 471, aplicable al caso de autos por encontrarse vigente al momento de interponerse esta demanda, y art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo—. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. En el marco de un régimen especial de trabajo insalubre y peligroso, que —por tal motivo— determina una jornada reducida de trabajo, no pueden trabajarse horas adicionales. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La jornada reducida establecida para los trabajos insalubres es rígida, ya que responde a la protección de la salud del trabajador, motivo por el cual no puede quedar al libre arbitrio de las partes la posibilidad de laborar horas extraordinarias, que —en consecuencia— no pueden ser remuneradas porque lo contrario implicaría convalidar y otorgar efectos jurídicos a una situación notoriamente irregular. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El acortamiento de la jornada laboral para los profesionales que cumplen tareas en el hospital Marie Curie, tiene por finalidad la protección de su salud mediante la limitación de la exposición a la actividad radiológica, de modo que si se abonaran las horas adicionales trabajadas por un empleado, en violación de lo dispuesto por la ordenanza 14.838, se alentaría prácticas —trabajo de horas adicionales— que conspiran contra el fin buscado por la limitación de la jornada laboral, ya que se incrementarían el riesgo de un potencial daño a la salud. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Los jueces no pueden interpretar la ordenanza 14.838 de una manera tal que, al convalidar la posibilidad de trabajar horas extraordinarias, implique violentar la finalidad buscada por la misma y alentar prácticas que conlleven un potencialmente grave riesgo a la salud de los profesionales que están expuestos a las prácticas radiológicas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

11. El accionante ingresó a trabajar en el hospital Marie Curie cuando estaba vigente la ordenanza 14.838 —sancionada en el año 1958— que le impedía trabajar más de 3 hs diarias, por lo que el incumplimiento de esta restricción —que debía conocer, ya que el derecho se presume conocido por todos conforme el art. 20 Cód. Civil— no puede generar un beneficio pecuniario a su favor, conforme el principio general de derecho según el cual nadie puede invocar su propia torpeza. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

12. La sentencia de la Cámara carece de fundamentos suficientes, lo que viola el derecho de defensa del GCBA y amerita la revocación de la decisión judicial por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad, pues el propio actor afirmó trabajar 20 hs semanales, y reconoció haber recibido una remuneración equivalente a 24 hs semanales, de modo que el régimen remuneratorio permite considerar abonadas las horas adicionales trabajadas por el actor y ordenar el pago de las horas adicionales significaría convalidar un enriquecimiento sin causa del actor en perjuicio de la Administración. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

13. El actor, en sus recursos de inconstitucionalidad y queja, cuestiona el rechazo de las pretensiones tendientes a la equiparación salarial con el personal designado por 36 hs y el resarcimiento del daño moral, cuestiones cuya dilucidación remite al análisis de los hechos, la prueba y el derecho común aplicable, cuestiones de indudable naturaleza infraconstitucional y ajenas, en principio, al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6794/09 - 16/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alberto Fabián Troisi interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de reparar *i)* el pago de las horas extras laboradas entre julio de 1999 y hasta la fecha de interposición de la demanda y; *ii)* la equiparación de su remuneración con la de los médicos nombrados para cubrir 36 hs semanales. Finalmente *iii)*, reclamo una indemnización en concepto de daño moral.

2. El actor afirmó en su presentación inicial que había comenzado a trabajar en el mes de noviembre de 1991 como médico urólogo en el Instituto Municipal de Oncología Marie Curie, con una retribución equivalente 24 hs semanales; denunció como horario el de 8 hs de la mañana a 12 hs del mediodía, de lunes a viernes. El horario reducido obedeció a lo prescripto por la ordenanza municipal 14.838, que declaró el lugar de trabajo del actor insalubre implementándose un horario reducido de tres horas diarias y una guardia rotativa cada seis sábados —también de tres

horas— para la categoría laboral del accionante. Troisi solicitó la reducción de su carga horaria en el año 2001 pues cumplía diariamente una hora extra, petición que dio origen al expte. adm. nº 1364/HMOMC/01. En lo que atañe a la equiparación salarial, el reclamante sostuvo que hay médicos que desarrollan su misma carga horaria pero que percibían una remuneración mayor, ello respecto tanto los médicos nombrados por 24 hs o por 36 hs semanales lo que, en la inteligencia del demandante, generaba una situación discriminatoria.

3. La jueza de primera instancia rechazó la demanda con costas al vencido. Contra esa decisión el actor interpuso recurso de apelación. En lo que aquí interesa corresponde señalar que la Sala II de la Cámara CAyT, por mayoría, resolvió revocar parcialmente la sentencia de grado y condenar al GCBA a abonar las diferencias salariales correspondientes a las horas extraordinarias laboradas de lunes a viernes, desde julio de 1999 hasta "que la presente quede firme", con más los correspondientes intereses; confirmó el rechazo del reclamo por daño moral y también la desestimación de la equiparación solicitada.

Impuso las costas del proceso en un 80 % a cargo de la demandada y en un 20 % a cargo de la parte actora.

4. Las dos partes interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la decisión del tribunal superior de la causa. La actora se agravió por el rechazo del reclamo por daño moral para lo cual invocó en su apoyo el art. 7° del PIDESC, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 43 y 56 de la CCBA; como también por el rechazo de la equiparación solicitada e invocó en su apoyo el art. 14 bis C.N. y el art. 7° del PIDESC.

Por su lado, el GCBA expuso como fundamento de su recurso que la sentencia era arbitraria y violaba los arts. 18, C.N. y 13, inc. 3º de la CCBA, señaló que "[e]l Tribunal no ha tratado ni ponderado en su totalidad lo expuesto por esta parte al contestar los agravios de la actora, incurriendo en una omisión que descalifica el fallo como acto judicial válido" y agregó que esa decisión afectaba el principio de división de poderes.

5. Los recursos fueron desestimados por la Sala lo que motivó que la actora y la demandada plantearan los correspondientes recursos de queja.

6. A fs. 106/108 vta. el señor fiscal general adjunto propició el rechazo de los recursos directos.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Los recursos de queja de la actora y de la demandada fueron planteados en tiempo y forma.

Sin embargo, sólo el recurso de la parte demandada dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. Por su lado la actora, simplemente reedita los fundamentos del recurso de inconstitucionalidad.

Ya he cuestionado en otras causas que el tribunal superior de la causa incursione sobre los agravios del recurso de inconstitucionalidad para establecer si "existe caso constitucional" lo que, además de comprometer su competencia —agotada en el aspecto cognitivo con la firma de la decisión definitiva—, lo lleva a realizar una tarea en la que no puede ser neutral (justificar o no, la plausibilidad primaria de unos agravios que critican la labor del revisor). En este caso por ejemplo, la Sala pondera su propia labor (?); pero —de la misma forma— debo señalar que esos desbordes del tribunal superior de la causa no justifican ni suplen la actividad de la actora pues ésta no hace el mínimo intento de criticar la resolución denegatoria del recurso y directamente se dedica a reproducir —y en algún caso, a reescribir— los fundamentos de la impugnación denegada. Por esta razón, el incumplimiento de esa carga de alegación contra el auto denegatorio de la vía extraordinaria local determina la improcedencia del recurso de queja de la parte actora.

2. El GCBA dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria y logra plantear un caso constitucional, es decir, polemiza con argumentos jurídicos contra la sentencia impugnada y lo hace desde una hermenéutica constitucional.

Ahora bien, plantear un caso constitucional no significa que se tenga razón en el planteo. En efecto, el demandado tacha de arbitraria la sentencia por la valoración que realiza el tribunal superior de la causa de las circunstancias de hecho y la aplicación del derecho común en un sentido no preferido por el impugnante.

Pero ese resultado no importa sin más la violación del derecho de defensa. Las consideraciones de los vocales que integran la mayoría de la decisión aquí recurrida podrían resultar opinables aunque no arbitrarias dado que se apoyan en la prueba testimonial que, guste o no, es un medio de prueba apto para formar la convicción judicial. Tampoco parece arbitrario o extravagante que se paguen horas extras efectivamente cumplidas y ello con independencia —y lo digo como conjetura— de que el actor no cumpliera con la totalidad de su carga horaria.

Se trata de dos situaciones diferentes y no compensables en el marco de un juicio de naturaleza laboral como el presente en donde no sólo no hay defensa de compensación sino, tampoco, reconvención; de allí que el argumento del incumplimiento de la carga horaria para neutralizar el reclamo del actor no resulta aceptable en este proceso (conf. arg. art. 131, LCT y 14 bis, C.N.); la eventual falta de cumplimiento de la carga horaria sólo encontraría tratamiento por vía administrativa. Desde otra perspectiva, la demandada se benefició con la efectiva prestación de la hora extraordinaria cumplida por el actor de lunes a viernes, por lo que las disposiciones infraconstitucionales invocadas a su favor por el GCBA resultan en este caso, inoponibles frente a derechos y principios de mayor jerarquía (conf. art. 14, bis, C.N.; art. 7º, PIDESC y art. 43, CCBA).

En síntesis, los agravios constitucionales de la demandada están limitados a cuestionar facultades propias de las instancias ordinarias (fijación de los hechos,

valoración de la prueba y aplicación del derecho) que en el caso no afectan, lesionan o menoscaban ningún derecho o garantía de raigambre constitucional.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde desestimar el recurso de queja de la parte actora por improcedente; hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el GCBA y desestimar por improcedente el recurso su inconstitucionalidad. Costas por su orden. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las quejas interpuestas por la actora (Dr. Troisi) y la demandada (GCBA) no pueden prosperar porque los recurrentes no demuestran que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478).

2. Los agravios que pretende traer a conocimiento de este estrado el actor se limitan a cuestiones de hecho y prueba, cuestiones ajenas, como principio, a esta instancia extraordinaria. Específicamente se agravia, por un lado, de que la Cámara haya entendido que no se encontraba acreditado en autos que la actora hubiera cumplido tareas equiparables a las de aquellos médicos designados con una mayor carga horaria y, por ende, con una mayor remuneración. Por otro lado, critica la decisión del *a quo* en cuanto descartó que se encuentre probada la existencia del daño moral reclamado.

En esas condiciones, los agravios presentados por la actora no son más que una discrepancia con la decisión de Cámara que remite al estudio de cuestiones de hecho. Así las cosas, las normas de rango constitucional citadas (véase punto 4 de los "resultas") configuran una mera enunciación carente de relación directa con las cuestiones debatidas en autos, insuficiente para habilitar la intervención de este Tribunal.

3. Por su parte, la doctrina de la arbitrariedad que invoca la demandada, conforme tienen señalado la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal siguiéndola, no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa (conf. "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608, 323:2196 y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). No muestra el recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

Las cuestiones presentadas por el GCBA refieren al análisis de hecho y prueba (si ha sido suficientemente acreditado el horario laboral cumplido por el actor) y de derecho local de rango inferior a la CCBA (ordenanza 14.838 y dec. 2399/92), todas ajenas al conocimiento de esta instancia.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar las quejas interpuestas por Troisi y el GCBA.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

1. Los recursos de queja deducidos por la parte actora y el Gobierno de la Ciudad no pueden prosperar toda vez que más allá del examen atinente al cumplimiento de los recaudos formales de admisibilidad (art. 33, LPTSJ), lo cierto es que los agravios vertidos por los recurrentes sólo traducen un disenso con las conclusiones a las que arribó la Cámara, pero sin un desarrollo crítico que ponga en evidencia la existencia de un caso constitucional.

2. Al fundar su recurso la parte actora se limitó a cuestionar la decisión del Tribunal que rechazó *i)* el reclamo por daño moral y *ii)* la equiparación salarial con los médicos designados con una mayor carga horaria (36 hs semanales), y en consecuencia, con mayor remuneración.

En efecto, los argumentos invocados por la actora sólo se limitan a discrepar con la solución arribada por el Tribunal, señalando de manera genérica las normas constitucionales involucradas, empero sin una relación lógica que logre rebatir eficazmente la decisión recurrida.

En tal sentido, cabe recordar que "...la mera enunciación de reglas constitucionales sin vincularlas con tachas concretas [...] deja huérfano de solidez al recurso y lo torna inoficioso. De acuerdo a 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 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. TSJBA, *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, t. II, 2000, pp. 20 y ss.).

Por lo demás, las cuestiones planteadas remiten al análisis de hecho y prueba, ajenas al conocimiento de esta instancia. Así lo ha establecido este Tribunal aduciendo que las "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, resolución del 19/2/2003; también en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bertazzi, María del

Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 2524/03, resolución del 11/2/2004, entre otros).

3. De igual manera, cabe mencionar que los agravios del GCBA no han logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debida, un caso constitucional que justifique la intervención de este Tribunal. Así, pues en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad que invoca cabe destacar que si bien no es una causal expresamente reconocida en la ley 402, este tribunal ha admitido su invocación, sin perjuicio de especificar que: *a)* sólo comprende situaciones de carácter excepcional; *b)* no alcanza a la discrepancia con respecto a la interpretación de las normas infraconstitucionales aplicadas por los jueces; *c)* no es un medio para corregir sentencias equivocadas; y *d)* sólo es admisible ante decisiones que no puedan ser calificadas de sentencias fundadas.

Es decir, no puede tratarse de una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio para que el Tribunal Superior conozca sobre decisiones manifiestamente carentes de fundamentos y que, de esa manera, lesionen el derecho de defensa, en cuanto éste incluye el derecho a obtener una sentencia fundada en el derecho positivo aplicable a los hechos de la causa. Se trata, así, de un remedio ante decisiones "...desprovistas de todo apoyo, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces...", según la letra de la Corte Federal en el caso "Rey" (*Fallos,* 112:384) y de otras situaciones semejantes que el referido tribunal ha ido sistematizando, como lo muestra la actual clasificación de los casos de arbitrariedad que contiene la propia publicación oficial de sus fallos (conf. Narciso Lugones, ob. cit., p. 286).

Estas situaciones, sin embargo, no se verifican en el caso, pues la sentencia, puede ser objeto de críticas jurídicas pero no resulta autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

En este sentido, este Tribunal ha señalado que 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 (TSJBA, *in re* "Vega, Antonia c/GCBA —Hospital Materno Infantil Ramón Sardá— s/amparo").

En rigor, consecuentemente, bajo la apariencia de agravio constitucional en realidad se ha intentado calificar a la sentencia como arbitraria, lo que, como se ha venido diciendo, conduce al rechazo del recurso.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por desestimar los recursos de queja interpuestos por la parte actora y el GCBA.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. ***Recurso de queja del GCBA***

1.1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA cumple los requisitos formales previstos en la ley 402, y logra conmover los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

El GCBA expresó que "...contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, esta parte no se limitó a efectuar consideraciones generales sobre el decisorio recurrido. Tampoco se limitaron las mismas solamente a cuestiones de hecho y prueba.// Por el contrario, mi representada indicó concretamente las deficiencias lógicas en que había incurrido la Sala…" (fs. 50 y vta. de la queja). Como veremos a continuación, asiste razón al recurrente en su afirmación, ya que la sentencia definitiva de la Cámara presenta falencias que fueron acertadamente destacadas por el demandado en su recurso de inconstitucionalidad

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde admitir la queja y proceder al estudio de la impugnación constitucional.

1.2. En primer lugar, corresponde reseñar brevemente el marco normativo y fáctico correspondiente al caso de autos:

a) la Cámara tuvo por acreditado, y el GCBA no lo cuestionó en el marco del presente recurso, que el accionante trabaja como médico de planta en el hospital de oncología "Marie Curie" en el horario de lunes a viernes de 8:00 a 12:00 hs (apart. 2 del voto del Dr. Russo, fs. 18 vta.).

b) como lo reconoce el propio actor en su demanda, por su labor en el citado hospital recibe una remuneración equivalente a 24 hs semanales (véase fs. 1, apart. 2, "Hechos").

c) Por su parte, la ordenanza 14.838 regula distintas medidas de protección del personal que trabaja en el Instituto Municipal de Radiología y Fisioterapia —actual hospital de oncología "Marie Curie"— y en los hospitales públicos porteños en los que funcione dicha especialidad. En su art. 3º establece que "Mientras subsistan las actuales condiciones de trabajo en el Instituto Municipal de Radiología y Fisioterapia (...) el personal de profesionales, técnicos, auxiliares y subalternos quedará sujeto al siguiente régimen de trabajo: *I.* Horario. *A)* Instituto Municipal de Radiología y Fisioterapia: *1)* Profesionales: tres horas por día, de lunes a viernes, y una guardia rotativa, de igual duración, cada seis sábados".

En conclusión, el accionante trabajaba de lunes a viernes, durante cuatro horas diarias, cuando en virtud de la ordenanza citada solamente podía trabajar tres horas diarias. Es decir, trabajaba 20 hs semanales, cuando no podía trabajar más de 15 hs semanales, y recibía una remuneración equivalente a 24 hs semanales.

1.3. Ahora bien, ¿deben abonarse diferencias salariales por la hora diaria adicional trabajada por el accionante? ¿Deben considerarse horas extraordinarias susceptibles de remuneración?

Desde ya adelanto la respuesta negativa, por los fundamentos que explicaré a continuación.

a) En primer lugar, cabe destacar que en el análisis de la presente causa no deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo, ya que dicha norma está excluida del ordenamiento jurídico positivo aplicable a las relaciones de empleo público de los trabajadores del Poder Ejecutivo de la Ciudad

Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires —conf. art. 1º de la ley 471, aplicable al caso de autos por encontrarse vigente al momento de interponerse esta demanda, y art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo.

b) Sentado lo expuesto, cabe destacar que en el marco de un régimen especial de trabajo insalubre y peligroso, que —por tal motivo— determina una jornada reducida de trabajo, no pueden trabajarse horas adicionales. La jornada reducida establecida para los trabajos insalubres es rígida, ya que responde a la protección de la salud del trabajador, motivo por el cual no puede quedar al libre arbitrio de las partes la posibilidad de laborar horas extraordinarias, que —en consecuencia— no pueden ser remuneradas porque lo contrario implicaría convalidar y otorgar efectos jurídicos a una situación notoriamente irregular.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que debe ponderarse el contexto general de la norma y los fines que la informan, para dar pleno efecto a la voluntad del legislador (*Fallos,* 323:566, entre muchos otros). Debe privilegiarse en la interpretación de las normas a la que concuerda con su espíritu y favorece sus fines, y no a la que los dificulta (*Fallos,* 311:2751; 312:111). Y una vez que se arribe a una conclusión hermenéutica, deben analizarse los resultados y consecuencias de dicha interpretación, y acogerla únicamente si los mismos son positivos, ya que en esta materia no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzado la norma (*Fallos,* 307:1018; 307:2200; 324:2107 —en particular el consid. 7°—).

El acortamiento de la jornada laboral para los profesionales que cumplen tareas en el hospital Marie Curie, tiene por finalidad la protección de su salud mediante la limitación de la exposición a la actividad radiológica. Si se abonaran las horas adicionales trabajadas por un empleado, en violación de lo dispuesto por la ordenanza 14.838, se alentaría prácticas —trabajo de horas adicionales— que conspiran contra el fin buscado por la limitación de la jornada laboral, ya que se incrementarían el riesgo de un potencial daño a la salud.

En consecuencia, *los jueces no pueden interpretar una norma —en el caso, la ordenanza 14.838— de una manera tal que, al convalidar la posibilidad de trabajar horas extraordinarias, implique violentar la finalidad buscada por la misma y alentar prácticas que conlleven un potencialmente grave riesgo a la salud de los profesionales que están expuestos a las prácticas radiológicas.*

c) Por otra parte, cuando el accionante ingresó a trabajar en el hospital "Marie Curie", estaba vigente la ordenanza 14.838 —sancionada en el año 1958— que le impedía trabajar más de 3 hs diarias. El incumplimiento de esta restricción —que debía conocer, ya que el derecho se presume conocido por todos conforme el art. 20, Cód. Civil— no puede generar un beneficio pecuniario a su favor, conforme el principio general de derecho según el cual nadie puede invocar su propia torpeza.

De las constancias obrantes en el expte. adm. 7043/02 se desprende lo siguiente:

- el accionante presentó una nota fechada el 27/7/2001 y dirigida al Sr. Director del hospital Marie Curie para —entre otros pedidos— reducir su jornada laboral para cumplir lo dispuesto por la ordenanza 14.838;
- dicha presentación fue elevada con fecha 30/8/2001 mediante nota 1364-HMOMC-01 por el Director del citado nosocomio a la Dirección General de Atención de la Salud, indicando que "no encuentra objeciones a lo solicitado" *(sic)*;
- la Directora de Administración de Recursos Humanos de la Secretaría de Salud, mediante nota 31003-SS-01 del 6/12/2001, remitió nuevamente las actuaciones administrativas al hospital Marie Curie "a fin de que el sector de Personal se sirva cumplimentar lo requerido mediante dec. 2120/80";
- y por último, el Subdirector Médico del hospital presentó el informe n° 587-HMOMC-01 del 19/12/2001, en el que adjuntó el dec. 2120 elaborado por la División Personal del citado nosocomio, que informaba que el accionante "se desempeñaba en esta Unidad de Organización en el horario de 8.00 a 11.00 hs en virtud de lo determinado en la ordenanza 14.838, acápite I, inc. a) '*1)* Profesionales: 3 hs por día de lunes a viernes y una guardia rotativa de igual duración cada 6 sábados'".

Es decir, a fines del 2001 existían distintas actuaciones administrativas en las que funcionarios del hospital "Marie Curie" y de la Administración de Recursos Humanos de la Secretaría de Salud *le reconocían expresamente, por aplicación de la ordenanza 14.838, el derecho a trabajar una jornada laboral reducida de tres horas diarias, de lunes a viernes de 8 a 11 hs* y una guardia rotativa de igual duración cada seis sábados. Sin embargo, el accionante inició la presente demanda el 8/10/2004 (véase cargo de fs. 4 vta. de las actuaciones principales), en la que indicó que seguía trabajando cuatro horas diarias.

El accionante sostiene, en su demanda, que lo informado por la División Personal mediante el dec. 2120 era erróneo, y que ello significaba el fracaso de su reclamo. Se equivoca el actor al considerar que su reclamo fracasó, ya que ese acto administrativo le reconocía expresamente una jornada laboral reducida conforme lo dispuesto en la ordenanza 14.838, y aun cuando se considerara que el informe era falaz, *desde ese momento en adelante el actor debía circunscribirse a trabajar en el horario de 8 a 11 hs,* como lo indicaba el propio Jefe de la División Personal.

Por lo tanto, si a pesar de ello el trabajador accionante continuó trabajando horas adicionales, ello constituye una conducta imprudente que no puede invocar en su favor para obtener un beneficio pecuniario, o en otras palabras, configura un incumplimiento que no puede ser jurídicamente amparado, máxime cuando no se ha probado fehacientemente la existencia de un acto administrativo —orden, disposición, designación, resolución, etc.— mediante la cual la administración haya exigido al actor que trabaje cuatro horas diarias.

d) Y por último, aun cuando consideráramos que las horas adicionales trabajadas son susceptibles de remuneración, el salario percibido por el actor permite tener por abonadas dichas horas extra.

Como hemos visto, el propio actor afirma que trabaja 20 hs semanales, y reconoce que recibe una remuneración equivalente a 24 hs semanales. Por lo tanto, *el régimen remuneratorio permite considerar abonadas las horas adicionales trabajadas por el actor.* Ordenar el pago de las horas adicionales significaría convalidar un enriquecimiento sin causa del actor en perjuicio de la Administración.

1.4. En virtud de lo expuesto, cabe concluir que la sentencia de la Cámara carece de fundamentos suficientes, lo que viola el derecho de defensa del GCBA y amerita la revocación de la decisión judicial cuestionada por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad.

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el art. 31, segundo párrafo de la ley 402, corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto y, por los argumentos anteriormente expuestos, rechazar la demanda en cuanto persigue el pago de las diferencias salariales correspondientes a las horas adicionales trabajadas por el actor.

2. ***Recurso de queja de la parte actora***

2.1. La queja deducida por la accionante cumple los requisitos formales previstos en la ley 402, pero no puede ser acogida, ya que los agravios en ella expresados no resultan suficientes para rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara decidió rechazar su recurso de inconstitucionalidad, en particular la inexistencia de un genuino caso constitucional.

2.2. En primer término, cabe destacar que la accionante, en sus recursos de inconstitucionalidad y queja, cuestiona el rechazo de las pretensiones tendientes a la equiparación salarial con el personal designado por 36 hs y el resarcimiento del daño moral. La dilucidación de estas temáticas remite al análisis de los hechos, la prueba y el derecho común aplicable, cuestiones de indudable naturaleza infraconstitucional y ajenas, en principio, al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva.

Para sortear este escollo, la actora sostuvo que se presentaría en autos una cuestión constitucional toda vez que la sentencia definitiva de la Cámara resolvió el caso de manera contraria a lo dispuesto en el art. 14 bis de la C.N., el art. 43 de la CCBA, y diversos pactos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad federal. Sin embargo, dicha remisión vaga y genérica a las normas citadas no configura, de por sí, un genuino caso constitucional, ya que —como ha dicho reiteradamente este Tribunal— "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. "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.). No existe, en este

caso, un desarrollo argumental sólido que vincule lo resuelto en la causa con disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas, lo que impide el progreso de esta vía recursiva.

2.3. Por último, y a mayor abundamiento, cabe resaltar que la Cámara fundó su decisión en la pobreza probatoria que impide tener por acreditada la alteración espiritual y la existencia de tareas iguales entre el actor y los médicos con designación de 36 hs semanales, ambos presupuestos de hechos imprescindibles para la procedencia de los reclamos de daño moral y equiparación salariales —respectivamente— (véanse aparts. 3 y 4 del voto del Dr. Russo, a fs. 19 vta./20). El recurrente no logra rebatir esta afirmación, ya que no aporta elementos que permitan sostener la postura contraria, y por ello podemos afirmar que sus cuestionamientos constituyen una mera discrepancia con lo resuelto por la Cámara, basadas en fundamentos dogmáticos y claramente insuficientes.

3. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por: *a)* declarar procedente la queja interpuesta por el GCBA y admitir su recurso de inconstitucionalidad; *b)* revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT, en cuanto condena al GCBA a abonar las diferencias salariales correspondientes a las horas extraordinarias trabajadas, y rechazar la demanda en tal aspecto; *c)* rechazar la queja interpuesta por la parte actora; *d)* imponer las costas de todo el proceso a la parte actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. ***Recurso de queja del GCBA***

1.1. En este punto comparto la línea argumental que transita el voto de mi colega la Dra. Ana María Conde, en tanto considero que corresponde hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad incoados por la demandada.

1.2. En efecto, estimo que el planteo del GCBA orientado a demostrar la *arbitrariedad* del pronunciamiento impugnado debe prosperar, en tanto se constata que la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT —voto de la mayoría— prescinde de la consideración de pruebas y argumentos conducentes para la correcta solución del caso y sustenta su decisión mediante una fundamentación tan sólo aparente. La circunstancia apuntada descalifica a la sentencia impugnada como pronunciamiento judicial válido.

1.3. No se encuentra discutido en el caso cuál es el objeto del juicio iniciado por el Dr. Alberto F. Troisi —al menos en lo que ahora importa, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno—: el reconocimiento del derecho a cobrar las horas trabajadas que se consideran *extraordinarias*, con carácter retroactivo al mes de julio de 1999.

También se encuentra demostrado que el Dr. Troisi: *a)* fue contratado por el GCBA con una retribución equivalente a una carga horaria de veinticuatro (24) hs

semanales; *b)* recibe de su empleador la retribución pactada desde el inicio del vínculo laboral, y *c)* en los hechos, trabaja en el horario de lunes a viernes de 8:00 a 12:00 hs, es decir, durante veinte (20) hs semanales.

Así, es posible afirmar que el Dr. Troisi trabaja durante la semana cuatro horas menos que las que el Gobierno en su momento le asignó y le abona efectivamente —tal como lo destacara en el punto II.2 de su pronunciamiento la jueza de primera instancia (fs. 209 vta., autos principales)—, sin perjuicio de señalarse que, en realidad, pareciera que el actor debería trabajar solamente durante tres horas diarias de lunes a viernes, según lo dispuesto por la ordenanza 14.838 —al considerarse insalubre la tarea que desempeña.

En síntesis, el Dr. Troisi trabaja durante veinte (20) hs semanales, cuando no debería trabajar más de quince (15) hs semanales, aunque recibe una remuneración equivalente a veinticuatro (24) hs semanales; la Cámara, en su sentencia, sólo ha hecho mérito de las dos primeras circunstancias referidas.

1.4. Desde esta perspectiva, si bien el respeto al principio de congruencia —vinculado al derecho de defensa en juicio— me impide avanzar en la consideración de algunas de las particularidades que se han puesto de manifiesto en el curso del proceso, no corresponde hacer lugar al pedido del Dr. Troisi para que se le abone como *extraordinaria* la hora que cada día de la semana, desde el año 1991, ha trabajado por encima de la carga horaria prevista en la ordenanza 14.838.

Ello así, toda vez que, aun cuando se considerara que las horas trabajadas por encima de la carga horaria dispuesta en la citada ordenanza son susceptibles de remuneración —y así lo considero—, el salario que el Gobierno ha pagado al actor en virtud de la relación de *empleo público* que los une permite tener por abonadas todas aquellas tareas desempeñadas durante las veinte (20) hs semanales *efectivamente trabajadas*.

Resolver de otra manera, tal como lo afirma en su voto mi colega la Dra. Ana María Conde, implicaría reconocer en favor del actor un enriquecimiento sin causa en perjuicio de la Administración local, autoridad que afronta el pago de los salarios de sus agentes con recursos públicos que, básicamente, provienen del sacrificio de los contribuyentes.

Esta afirmación, claro está, no importa consentir de modo alguno la anómala situación que refleja el expediente en torno a la observancia de la ordenanza 14.838 —sobre la que no corresponde expedirse por respeto al principio de congruencia—, norma general de esta jurisdicción con vigencia anterior a la fecha de inicio del vínculo de empleo público aquí ponderado, fundada en razones de insalubridad del servicio involucrado que tampoco podría ser desconocida, justamente, por un profesional de la salud.

En consecuencia, a la luz de las circunstancias del caso, corresponde rechazar la demanda interpuesta en cuanto persigue el pago de las diferencias salariales correspondientes a las horas efectivamente trabajadas por el actor por encima de la carga horaria contemplada en la ordenanza 14.838, único punto por el que había prosperado la pretensión ante la Cámara.

2. ***Recurso de queja de la parte actora***

En este punto adhiero a los fundamentos concurrentes de los votos de mis colegas las Dras. Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde.

En virtud de lo expuesto, corresponde: *a)* declarar procedente la queja interpuesta por el GCBA y admitir su recurso de inconstitucionalidad; *b)* dejar sin efecto la sentencia de la Cámara, en cuanto condena al GCBA a abonar las diferencias salariales correspondientes a las horas "adicionales" trabajadas por el actor y rechazar la demanda en tal aspecto; *c)* rechazar la queja interpuesta por la parte actora, y *d)* imponer las costas del proceso a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el Sr. Alberto Fabián Troisi no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

CLXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ALBORNOZ, DIEGO ARMANDO S/INFR. ART(S). 183, DAÑOS —C.P.— (P/LEY 2303)'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento. Facultad del imputado. Cese de prisión preventiva. Avenimiento.

SUMARIOS:

1. El art. 274 del CPP CABA exige que sea el propio imputado el que exprese su voluntad de abandonar la vía recursiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Dado que durante el transcurso del plazo legal con que cuenta el Tribunal para expedirse acerca del recurso de queja, en primera instancia se ha arribado a una sentencia condenatoria fundada en el acuerdo de avenimiento formulado entre el imputado y la Fiscalía, otorgándole a aquél la libertad inmediata, la cuestión referida

al cese de la prisión preventiva que motivara la queja ha perdido actualidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 7088/10 - 16/7/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Diego Armando Albornoz interpuso recurso de queja contra la decisión de fs. 48/50 por la que la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. Dicha impugnación fue presentada contra la decisión de la Sala de feria de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, dictada el 8/1/2010, que confirmó la resolución de primera instancia —de fecha 4/12/2009— a través de la cual fue denegado el pedido de cese de la prisión preventiva de su asistido.

2. De tal presentación se corrió vista al fiscal general adjunto de la Ciudad y, una vez contestada, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas (fs. 68, punto II).

3. Atento a las constancias obrantes en el expediente y a lo manifestado por el señor fiscal general adjunto, la señora jueza de trámite dispuso la certificación telefónica del estado del trámite de la causa. En razón de lo ordenado, el Tribunal tomó conocimiento de que el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1, en la audiencia realizada el día 12/4/2010, resolvió aprobar el acuerdo de avenimiento formulado entre el imputado y la Fiscalía. En consecuencia, condenó al acusado a la pena de 6 meses de prisión de ejecución condicional por el hecho investigado en este proceso y fijó como pena única la de 3 años de prisión en suspenso. En la misma decisión, ordenó la inmediata libertad del Sr. Albornoz, lo cual ya había sido cumplido al momento de realizarse la certificación. Por último, fue informado que la decisión se encontraba firme pues tanto el imputado como la Fiscalía habían consentido la sentencia dictada (fs. 69).

4. Posteriormente y, como consecuencia de lo dispuesto por la señora jueza de trámite a fs. 70, la Secretaria del mencionado juzgado acompañó una copia certificada del acta de audiencia.

5. A fs. 72 se encuentra agregado el escrito presentado por la defensa con la finalidad de poner en conocimiento del Tribunal lo resuelto en primera instancia y, además, de manifestar su intención de desistir del recurso de queja presentado.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La última presentación realizada por la defensora general interina (fs. 72) no puede ser entendida como un desistimiento válido del recurso de queja interpuesto a favor de su defendido. El art. 274 del CPP CABA exige que sea el propio imputado el que exprese su voluntad de abandonar la vía recursiva. En este sentido, como el escrito que presentó la defensa carece de la firma del Sr. Albornoz, debo analizar la queja intentada.

2. Como surge de los resultas, durante el transcurso del plazo legal con que cuenta el Tribunal para expedirse acerca del recurso de queja obrante a fs. 51/58 vta., en primera instancia se ha arribado a una sentencia condenatoria fundada en el acuerdo de avenimiento formulado entre el imputado y la Fiscalía, otorgándole al Sr. Albornoz la libertad inmediata.

En estas condiciones, considero que la cuestión referida al cese de la prisión preventiva que motivara la queja interpuesta ha perdido actualidad.

Es oportuno recordar que el recurso de queja en análisis está dirigido contra la resolución de la Cámara que confirmó la decisión del juez de primera instancia —de fecha 4/12/2009— a través de la cual fue denegado el pedido de cese de la prisión preventiva solicitado por la defensa.

3. 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 N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación—'", expte. n° 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 N° 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. 189 bis, C.P.'".

4. Voto, en consecuencia, por el rechazo de la queja.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Coincidimos con la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, en cuanto sostiene que el escrito presentado por la señora defensora general adjunta (fs. 72) no puede ser valorado como un desistimiento de la queja interpuesta ante este Tribunal, en los términos del art. 274, CPP local (aplicable en virtud del art. 2º, ley 402). No obstante ello, la comunicación cursada por el señor juez a cargo del Juzgado con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 (fs. 76/79) pone de manifiesto que las cuestiones oportunamente sometidas a estudio de este estrado

—relacionadas con la solicitud del cese de la prisión preventiva— han perdido actualidad a consecuencia de la aprobación judicial del acuerdo de avenimiento celebrado entre la Fiscalía y la defensa, en virtud del cual se resolvió condenar al Sr. Albornoz a una pena de cumplimiento en suspenso y se ordenó su inmediata libertad. Corresponde, entonces, dar por concluido el trámite de la queja y ordenar su archivo.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Toda vez que la liberación del imputado dispuesta en la audiencia del 12/4/2010 (véase fs. 76/78) torna abstractos los planteos dirigidos a cuestionar la resolución que confirmó el rechazo de la solicitud de cese de la prisión preventiva del Sr. Albornoz, corresponde dar por concluido el trámite de la queja.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar por concluido* el trámite de la queja interpuesta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CLXXIX

"PRIMERA RED INTERACTIVA DE MEDIOS ARGENTINOS S.A. (PRIMA) S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/PRIMERA RED INTERACTIVA DE MEDIOS ARGENTINOS S.A. S/EJ. FISC. —ING. BRUTOS— CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Cuestión procesal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario debe ser rechazado, toda vez que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio— no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. El recurso extraordinario debe ser rechazado en lo concerniente al planteo de arbitrariedad de sentencia, ya que, por regla general, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse. *(Voto de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6750/09 - 2/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. (en adelante, PRIMA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 159/183 vta.) contra la resolución de fecha 21 de abril de 2010 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja que dicha parte dedujera (fs. 48/53 vta.).

2. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso articulado (fs. 191/203 vta.).

FUNDAMENTOS:

Las juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

1. El recurso extraordinario planteado por PRIMA fue interpuesto en tiempo. Sin embargo, debe ser denegado.

2. En efecto, la decisión del Tribunal que ahora se cuestiona consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque ella no satisfacía los recaudos establecidos en las disposiciones locales que regulan vías impugnatorias locales, en tanto había sido deducida ante este Tribunal de manera extemporánea (art. 33, ley 402).

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales —como principio— no son revisables en la instancia extraordinaria, en virtud del carácter fáctico y procesal de las cuestiones que suscitan (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 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. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de rela-

ción directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

4. Por lo demás, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 1º, 2°, 3º y 8º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, el escrito recursivo supera —en algunas de sus páginas— los veintiséis renglones permitidos (art. 1º). También se omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i).

Además, el escrito no consigna "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e). Tampoco la recurrente ha logrado demostrar que el gravamen que el pronunciamiento le ocasiona no derive de su propia actuación (art. 3º, inc. c).

A su vez, omitió —también— transcribir o acompañar las normas locales a las que hizo referencia en el recurso interpuesto (art. 8º).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal articulado por Primera Red Interactiva de Medios Argentina S.A. 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 José O. Casás dijo:

Tal como lo sostienen en su voto las señoras juezas, doctoras Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 168/183 vta. debe ser denegado. Ello así, puesto que los agravios esgrimidos remiten exclusivamente al examen de aspectos de orden fáctico y procesal —vinculados a la tempestividad de la interposición de la queja por recurso denegado prevista en el art. 33 de la ley local 402—; cuestiones que, por regla, resultan ajenas a la vía recursiva intentada.

En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Ello, desde ya, no impide recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina

de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, 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; 323:2196, entre otros).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A., con costas (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Por las razones desarrolladas en los votos de mis colegas preopinantes, Dres. Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás, a las que remito, corresponde denegar el recurso extraordinario federal articulado a fs. 159/183 vta.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Primera Red Interactiva de Medios Argentina S.A., con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 154, punto 2.

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

CLXXX

"ELEVADORES MAR DEL PLATA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO Y QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO DENEGADO EN: 'GCBA C/ELEVADORES MAR DEL PLATA S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. Valor disputado en último término. PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA: Cómputo de plazo. Agravio extemporáneo.

SUMARIOS:

1. La recurrente se limita a afirmar que la imposición de un monto mínimo para ocurrir ante el Tribunal mediante recurso ordinario de apelación constituye una denegatoria de justicia y una violación al debido proceso y a los derechos de

defensa y propiedad, pero, no demuestra cómo esas garantías constitucionales se podrían ver afectadas por el hecho de que se requiera para su procedencia, entre otros requisitos, que en el pleito se discuta un monto superior a los $ 700.000. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La recurrente no ha acreditado que el importe discutido en el *sub lite* supere el mínimo legal previsto, a los efectos de la procedencia del recurso ordinario de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

3. La Cámara no trató las tachas de inconstitucionalidad que la parte recurrente formula en su recurso de inconstitucionalidad porque entendió que esos agravios no formaron parte de la apelación ante ella, de modo que la sociedad recurrente debió demostrar, para que pudieran ser analizados por este Tribunal sus planteos, que puso a la Cámara en obligación de tener que tratarlos y ésta omitió hacerlo; cosa que no se encuentra acreditada en el *sub lite*. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Dado que demandada no cuestionó, desde su primera oportunidad procesal, la inconstitucionalidad de las normas del Código Fiscal local que establecen que el plazo de prescripción comienza a correr desde el 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas y/o ingreso del gravamen, y del art. 13 de la ley 671 en cuanto suspendió por el término de un año a partir de su entrada en vigencia la prescripción de las dudas impositivas, de acuerdo con la cita del fallo "Filcrosa" de la CSJN, que recién fue planteado al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia, tal agravio resulta extemporáneo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Al oponer excepciones la ejecutada no cuestionó la legitimidad de la normativa local para computar el plazo de prescripción, de modo que el planteo de inconstitucionalidad no fue llevado a conocimiento del juez de grado y, al no tratarse de una norma sobreviniente o de un hecho nuevo, la posibilidad de traer el punto a debate precluyó una vez que la accionada opuso excepciones, por lo tanto, el agravio sobre el tema introducido recién en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y reiterado en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja, deviene extemporáneo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6618/09 - 3/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La parte demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 22/25) y apelación ordinaria (fs. 26) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que: *i)* confirmó la sentencia de primera instancia en cuando rechazó las excepciones de prescripción y de pago total y mandó llevar adelante la presente ejecución en

concepto de ISIB contra Elevadores Mar del Plata S.A. con relación a los períodos fiscales correspondientes a los años: 1998 (3º a 12 ant. mens.); 1999 (1º a 12 ant. mens.); 2000 (1º a 12 ant. mens.); y 2001 (3º a 6º ant. mens.), por un total de pesos doscientos noventa y cinco mil seiscientos veintisiete con cuarenta y seis centavos ($ 295.627,46), con más sus intereses, calculados de conformidad con lo dispuesto por las resols. SHF 3574/91, 3575/91, 3084/92, 1327/93, 5174/96 y ss. y concs.); e *ii)* impuso las costas de primera instancia en un 70 % a cargo de la ejecutada y en un 30 % a cargo de la ejecutante y las de segunda instancia a la demandada (fs. 20).

2. Para resolver en la forma indicada, sostuvo, al remitirse a lo dictaminado por la fiscal de Cámara, que los planteos de la sociedad recurrente dirigidos a mantener la excepción de prescripción que opusiese a la procedencia de la presente ejecución no se hacían cargo de los argumentos que le dio el juez de grado para rechazar esa excepción. En este orden de ideas, sostuvo que "…las manifestaciones [de la hoy recurrente] (…) respecto de la excepción de prescripción no se vinculan con los argumentos expuestos por el tribunal, toda vez que aquél alega la inconstitucionalidad del inicio del cómputo del plazo de la prescripción del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Esta cuestión no se relaciona en modo alguno con las normas invocadas por el sentenciante *[sic]* para decidir el rechazo de la excepción de prescripción…*"* (fs. 17 vta.). Concluyó su razonamiento afirmando que como la parte recurrente "…no controvierte ni cuestiona la normativa invocada por la actora (arts. 68, 69, 78 inc. 3º del C.F. t.o. 2003, ley 671) este agravio deb[e] ser desestimado" (fs. 17 vta.).

Por su parte, descartó los agravios de la demandada tendientes a mantener la excepción de pago total que, también, opusiese ante la primera instancia. Señaló que el argumento en que fundó la parte demandada esa excepción consiste en sostener "…que nunca fue intimad[a] de manera fehaciente por la autoridad fiscal" (fs. 17 vta.); pero, "…las manifestaciones [de la parte demandada…] no resultan suficientes a fin de desvirtuar la validez de dicha notificación. Máxime cuando es la propia empresa de correos la que remite el acuse de recibo glosado en las presentes actuaciones (véanse fs. 306/307)" (fs. 18).

Finalmente, la Cámara sostuvo que como la parte actora resultó parcialmente vencedora, resultaba ajustado a derecho imponer las costas en un 70 % a cargo de la ejecutada y en un 30 % a cargo de la ejecutante.

3. Elevadores Mar del Plata sostiene que resultan inconstitucionales tanto *i)* el art. 69 del C.F. local, t.o. 2003, en cuanto establece que el término de prescripción del poder fiscal para determinar el impuesto y sus accesorios —así como la acción para exigir el pago— comienza a correr a partir del 1° de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas y/o ingreso del gravamen, como *ii)* el art. 13 de la ley 671 en cuanto suspendió "…por el término de un año a partir..." de su entrada en vigencia la prescripción de las dudas impositivas. Ello así, toda vez que, según

sostiene, las jurisdicciones locales no podrían apartarse de las reglas previstas en el Código Civil en lo que hace a la prescripción de las acciones tributarias. En apoyo a su postura cita la doctrina sentada por la CSJN en el precedente "Filcrosa", publicado en *Fallos,* 326:3899. En ese marco, sostiene que el plazo de prescripción que corresponde aplicar con relación a las obligaciones tributarias cuyo cobro acá se persigue es el quinquenal previsto en el art. 4027, inc. 3º, del Cód. Civil; plazo que, afirma, debe comenzar a computarse en el momento que indica el art. 3956 de ese mismo cuerpo normativo.

4. La Cámara denegó ambos recursos. Con relación al recurso de apelación ordinario ante el Tribunal, sostuvo, primeramente, que el planteo de inconstitucionalidad del inc. 6º del art. 26 de la ley 7 —modificado por el art. 2º de la ley 189— no lograba exponer "…una crítica razonada que dé consistencia al planteo efectuado" (fs. 27); sentado lo cual, señaló que ese remedio procesal no resultaba procedente porque la suma disputada en el *sub lite*, en último término, no logra exceder el mínimo legal previsto en las normas tachadas de inconstitucionales.

Por su parte, señaló que el recurso de inconstitucionalidad debe ser denegado porque "…no se advierte en los argumentos esgrimidos para sustentarlo una fundamentación suficientemente sólida, clara y precisa en orden a la directa relación entre la decisión impugnada y la presunta vulneración de derechos y garantías constitucionales [invocadas]" (fs. 28).

5. Contra esa decisión interpuso la parte demandada una queja mediante la cual pretende obtener la revisión de la denegatoria de esos dos recursos (fs. 36/41 vta.).

6. El fiscal general adjunto opina que la mencionada queja debe ser rechazada, por los mismos motivos que dio el *a quo* para denegar los dos recursos indicados en el punto 4 que antecede (fs. 135/138).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Por las razones que desarrollo a continuación, no pueden prosperar ni los agravios de la queja (agregada a fs. 36/41 vta.) dirigidos a controvertir la denegatoria del recurso de apelación ordinaria, ni aquellos otros dirigidos a controvertir la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

2. El *a quo* denegó el recurso de apelación ordinaria ante el Tribunal porque entendió, primeramente, que el planteo de la hoy recurrente dirigido a controvertir la validez del inc. 6º, del art. 26, de la ley 7 en cuanto establece como requisito para la procedencia de esa apelación que el valor disputado en el pleito "…en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000)…", carecía de "…una crítica razonada que dé consistencia al planteo efectuado…" (fs. 27). Sentando ello, señaló que la parte recurrente no había acreditado que el valor disputado en el *sub lite* supere esa suma; fundó lo cual en

el hecho de que la sentencia de primera instancia, confirmada en este punto por la Cámara, mandó llevar adelante la presente ejecución por un total de $ 295.627,46, con más sus intereses (véase fs. 27, punto II).

2.1. La parte recurrente no logra rebatir ninguno de esos dos argumentos.

Primeramente, Elevadores Mar del Plata se limita a afirmar que la imposición de un monto mínimo para ocurrir ante el Tribunal mediante recurso de apelación constituye una denegatoria de justicia y una violación al debido proceso y a los derechos de defensa y propiedad. Pero, no demuestra cómo esas garantías constitucionales se podrían ver afectadas por el hecho de que se requiera para la procedencia de la apelación ordinaria ante el Tribunal, entre otros requisitos, que en el pleito se discuta un monto superior a los $ 700.000. En otro términos, la parte recurrente debió, cuando menos, explicar, por qué, a su juicio, esas garantías le otorgarían un derecho a ocurrir a este tribunal como una instancia de mérito más en los procesos de ejecución fiscal, en las condiciones que ella pretende. La ausencia de una argumentación en ese sentido impide a la procedencia de este planteo.

No modifica lo dicho, el hecho de que la parte recurrente sostenga que el monto mínimo previsto en la norma tachada de inconstitucional "…impid[a] a los contribuyentes ocurrir ante la máxima instancia local pues no existen certificados que excedan…" ese importe "…y de excederl[o], el Gobierno emite dos certificados en fechas distintas contra el mismo contribuyente por sumas inferiores…". Principalmente, porque esos dichos, debieron, cuando menos, haber sido vinculados con los hechos ocurridos en la presente causa, cosa que la parte recurrente no ha hecho.

Por lo demás, Elevadores Mar del Plata tampoco ha acreditado que el importe discutido en el *sub lite* supere el mínimo legal previsto. Se ha limitado a afirmar que la ejecución fiscal en su inicio perseguía el cobro de $ 412.322,51 y "…a la fecha supera la [suma] de $ 1.250.000" (fs. 36 vta.). Ni se ha hecho cargo del argumento de la Cámara según el cual, en virtud de lo resuelto, en la presente ejecución el monto discutido ascendería a $ 295.627,46, con más sus intereses. Ni explica en base a qué cálculo llega a la suma de $ 1.250.000 a la que, afirma, ascendería el monto aquí controvertido; explicación que resultaba indispensable, máxime, si se tiene en cuenta la doctrina de este Tribunal según la cual los intereses devengados no deben ser tenidos en cuenta para establecer, a los fines de la procedencia del recurso ordinario, el monto disputado (conf. "GYFSA S.A de Ingeniería y Construcciones c/Comisión Municipal de la Vivienda s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 6139/08, sentencia de este Tribunal del 18/5/2009).

3. Finalmente, tal como adelanté en el punto 1 de este voto, los agravios de la queja que buscan rebatir la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad tampoco logran prosperar.

3.1. Todos los argumentos que formula la parte recurrente en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 22/25) versan acerca de la inconstitucionalidad que padecerían, a su juicio: *i)* las normas del Código Fiscal local que establecen que el

plazo de prescripción comienza a correr desde el 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas y/o ingreso del gravamen; y *ii)* el art. 13 de la ley 671 en cuanto suspendió "…por el término de un año a partir..." de su entrada en vigencia la prescripción de las dudas impositivas. Ello así, toda vez que, según sostiene, las jurisdicciones locales no podrían apartarse, en lo que hace a la prescripción de las acciones tributarias, de las reglas previstas en el Código Civil. En apoyo a su postura cita la doctrina sentada por la CSJN en el precedente "Filcrosa", publicado en *Fallos,* 326:3899. En ese marco, sostiene que el plazo de prescripción que corresponde aplicar a las obligaciones tributarias cuyo cobro acá se persigue es el quinquenal previsto en el art. 4027, inc. 3º, del Cód. Civil; plazo que, afirma, debe comenzar a computarse en el momento que indica el art. 3956 de ese mismo cuerpo normativo.

3.2. Ahora bien, con relación a esa cuestión el *a quo* señaló, remitiéndose a lo dictaminado por la fiscal de Cámara, que los planteos de la recurrente vinculados al rechazo de la excepción de prescripción "…no se vinculan con los argumentos expuestos por el tribunal [juez de grado], toda vez que aquél alega la inconstitucionalidad del inicio del cómputo del plazo de la prescripción del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires…"; cuestión que, afirmó, "…no se relaciona en modo alguno con las normas invocadas por el sentenciante *[sic]* para decidir el rechazo de la excepción de prescripción…". En ese orden de ideas, describió el agravio de la hoy apelante del siguiente modo: la "…ejecutad[a] sostiene que '…la norma provincial se ha apartado del Código Civil que dispone expresamente que la prescripción nace desde la fecha del título de la obligación y no desde el 1º de enero del año siguiente, deviniendo el art. 133 del C.F. de la Provincia de Buenos Aires (t.o. 2004) *en inconstitucional por violación al art. 75 inc. 12 de la C.N.'* (fs. 346)…" (fs. 17 vta., el destacado corresponde al original). Concluyó su razonamiento afirmando que "…en tanto l[a parte] recurrente no controvierte ni cuestiona la normativa invocada por la actora (arts. 68, 69, 78 inc. 3º del C.F. t.o. 2003, ley 671) este agravio debería ser desestimado" (fs. 17 vta.).

De la reseña efectuada en el párrafo que antecede, surge que la Cámara no trató las tachas de inconstitucionalidad que la parte recurrente formula en su recurso de inconstitucionalidad porque entendió que esos agravios no formaron parte de la apelación ante ella. Así las cosas, la sociedad recurrente debió demostrar, para que pudieran ser analizados por este Tribunal los planteos reseñados en el primer párrafo de este punto, que puso a la Cámara en obligación de tener que tratarlos y ésta omitió hacerlo; cosa que no se encuentra acreditada en el *sub lite*.

Por ello, y oído lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 36/41 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Elevadores Mar del Plata S.A., si bien fue promovido en legal tiempo y forma, no puede prosperar, toda vez que los

agravios expresados por el recurrente no logran conmover los motivos tenidos en cuenta por la Cámara para denegar, tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de apelación.

2. En cuanto al recurso de apelación denegado, coincido con lo sostenido con el señor juez de trámite, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad.

3. Respecto del recurso de inconstitucionalidad, la demandada no cuestionó, desde su primera oportunidad procesal, las normas locales cuya declaración de inconstitucionalidad pretende en esta instancia.

En efecto, al oponer excepciones, la recurrente se limitó a expresar: "Opongo también excepción de prescripción respecto de todos los anticipos posteriores 18/3/1998 hasta el mes de noviembre de 1998 en orden a lo establecido en los arts. 68 inc. 1º y 69 del C.F. t.o. 2003 destacando que mi parte *no* se encuentra incursa en ninguna de las situaciones de suspensión y/o interrupción de la prescripción contempladas en los arts. 76, 77, 78 y concs. del C.F. aludido" (fs. 92 y vta. de esta queja).

En consecuencia, el planteo de inconstitucionalidad de las normas del Código Fiscal local que establecen que el plazo de prescripción comienza a correr desde el 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas y/o ingreso del gravamen, y del art. 13 de la ley 671 en cuanto suspendió por el término de un año a partir de su entrada en vigencia la prescripción de las dudas impositivas, de acuerdo con la cita del fallo "Filcrosa" de la CSJN, que recién fue planteado al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia (obrante a fs. 1/4 de esta queja), resulta extemporáneo.

Toda vez que los jueces de la causa no se encontraban habilitados para tratar este punto, el TSJBA se ve impedido de abordarlo en esta oportunidad.

4. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja y dar por perdido el depósito de fs. 35.

El juez José O. Casás dijo:

1. Estimo que la queja por recurso de apelación ordinaria denegado no puede prosperar, por cuanto, como lo explica detalladamente el señor juez de trámite Luis F. Lozano, en él no se ha logrado demostrar que el monto disputado en último término supere el mínimo requerido para la habilitación de dicha vía.

2. En cuanto a la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, hago míos los fundamentos brindados por mi colega la jueza Ana María Conde en cuanto entiende que la pretendida cuestión federal invocada por la parte recurrente fue extemporáneamente introducida ya que recién fue planteada al momento de expresarse agravios contra la sentencia de primera instancia.

3. A mayor abundamiento, y a modo de *obiter dicta*, reafirmo aquí lo que ya dejé sentado en mi voto en la causa: "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal

s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3275/04, sentencia del 23/2/2005, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. VII-2005/A, Buenos Aires, 2008, pp. 40 y ss., en el sentido que en "el Derecho Tributario la prescripción sólo puede encontrar su fundamento en *criterios objetivos y uniformes que den satisfacción al principio de seguridad jurídica*. Ello se evidencia claramente en el hecho de que el legislador haya querido tomar un *parámetro uniforme para determinar el* dies a quo *del plazo prescriptivo*, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica tributaria: relación de derecho público que no nace por voluntad de las partes en ella implicadas, sino por la ocurrencia fáctica del presupuesto legal previsto.// Para reforzar esta idea de la necesidad de uniformidad en el cómputo del plazo, frente a obligaciones de masa como las tributarias —por estar referidas a universos más o menos vastos de contribuyentes— en que debe facilitarse la gestión recaudatoria del Fisco, es corriente que en el derecho comparado se adopten soluciones semejantes a aquella a la que adscribe la *legislación local y federal de la Argentina*. Valga recurrir, como ejemplo, a la solución receptada por el *Modelo de Código Tributario para América Latina* del Proyecto de Tributación Conjunta OEA-BID, elaborado en el año 1967 por Rubens Gomes de Sousa (Brasil), Ramón Valdés Costa (Uruguay) y Carlos M. Giuliani Fonrouge (Argentina), en cuyo Título II: "Obligación Tributaria", Capítulo V: "Extinción", Sección Sexta: "Prescripción", art. 56, primer párrafo, se dejó establecido que: "El término se contará desde el 1º de enero del año calendario siguiente a aquel en que se produjo el hecho generador" (*Reforma Tributaria para América Latina: Modelo de Código Tributario*, p. 47, Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington D. C., 1967).// En igual sentido…, como bien lo expresa el catedrático alemán de la Universidad de Bochum, Heinrich Wilhelm Kruse, "La prescripción es una estricta prescripción de calendario. No comienza ya con el nacimiento de la pretensión, sino a partir del momento en que expira el año en que la pretensión ha nacido, o —en los impuestos sobre la renta, el impuesto industrial y el impuesto sobre el volumen de ventas— con el transcurso del año en que el sujeto pasivo realiza la declaración del impuesto. El resultado es que todos los plazos de la prescripción terminan unitariamente, lo que exime a las Oficinas de Hacienda de un control permanente de los plazos de prescripción transcurridos" (conf. *Derecho Tributario. Parte General*, traducción al español de su 3ª edición en alemán, capítulo 15: "Extinción de la relación obligacional impositiva", parágrafo IV: "Prescripción", pp. 283 y ss., en particular p. 287, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978). En la doctrina nacional los argumentos de esta obra, han sido recogidos por el profesor titular consulto de la Universidad de Buenos Aires, Arístides H. M. Corti (conf. obra colectiva dirigida por el apuntado publicista: *Procedimiento Fiscal —ley 11.683 y complementarias— Análisis integral*, p. 256, Tesis, Buenos Aires, 1987)".

4. Por lo expuesto en los puntos precedentes y en los votos de mis colegas, a los cuales me remito, voto por rechazar las quejas por recurso ordinario de apelación

y de inconstitucionalidad denegados, dando por perdido, respecto del recurso de hecho, el depósito de fs. 35.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Queja por recurso ordinario de apelación denegado

1. La queja por recurso ordinario de apelación denegado fue interpuesta en tiempo por Elevadores Mar del Plata S.A. (en adelante, "EMP"). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Sala I señaló con acierto *i)* que la suma disputada en último término no excede en autos el mínimo legal previsto en el art. 2º de la ley 189 que sustituyó el inc. 6º del art. 26 de la Ley 7 Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires ($ 700.000), y *ii)* que los planteos de la demandada vinculados con el monto mínimo apelable para acceder a la instancia ordinaria ante el Tribunal son imprecisos e inconsistentes.

Como lo indica el señor juez de trámite en el apart. 2.1. de su voto, los escasos señalamientos obrantes a fs. 37 y vta. no alcanzan para poner en crisis la resolución denegatoria del recurso ordinario intentado, lo que sella la suerte adversa de la queja deducida por la accionada.

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

1. El recurso directo fue presentado en tiempo y forma por EMP, y contiene una crítica adecuada de la resolución de fs. 27/29, vistos los términos en que la Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara señaló que no se había planteado un caso constitucional ni se estaba frente a una sentencia arbitraria. En consecuencia, para rebatir el auto denegatorio la quejosa sólo podía volver —como lo hace— sobre los argumentos del recurso de inconstitucionalidad, lo que es suficiente para admitir la queja [conf. mis votos en "Banco Macro Bansud S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Banco Bansud Grupo Macro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones'", expte. nº 4512/05, resolución del 19/7/2006; "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. n° 4723/06, resolución del 15/11/2006; "Compañía Papelera Sarandí SACIIA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5335/07) y su acumulado "Compañía Papelera Sarandí SACIIA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Compañía Papelera Sarandí SACIIA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" (expte. nº 5331/07), resolución del 6/11/2007, entre otros].

Recurso de inconstitucionalidad

1. El recurso de inconstitucionalidad de la empresa, aunque formalmente admisible, debe ser rechazado por las razones que seguidamente expongo.

2. La presentación en examen se centra en la supuesta inconstitucionalidad de las normas locales que regulan la prescripción de las acciones del Fisco.

Sin embargo, al oponer excepciones la ejecutada no cuestionó la legitimidad de la normativa local para computar el plazo de prescripción. En otros términos, el planteo de inconstitucionalidad no fue llevado a conocimiento del juez de grado. Y, al no tratarse de una norma sobreviniente o de un hecho nuevo, la posibilidad de traer el punto a debate precluyó una vez que la accionada opuso excepciones. Por lo tanto, el agravio sobre el tema introducido recién en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y reiterado en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja, deviene extemporáneo y conduce al rechazo de la presentación de fs. 22/25.

En virtud de lo expuesto, voto por: *i)* rechazar la queja por recurso de apelación ordinario denegado; *ii)* admitir la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado y *iii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 22/25, con costas (art. 62, CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* las quejas interpuestas por Elevadores Mar del Plata S.A. a fs. 36/41 vta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CLXXXI

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RUA, SANTIAGO MATÍAS S/INFR. ART(S). 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento del recurso. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF n° 7271/10 - 4/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa, fijando reglas de conducta distintas a las propuestas por la Fiscalía. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Cámara confirmó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, desistió del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los argumentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, y de acuerdo a lo establecido en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

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

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

La jueza Ana María Conde dijo:

Si bien he dicho en múltiples oportunidades que no puede desistirse o mantenerse un recurso que no podía legalmente interponerse (mi voto, *in re* "Saavedra", 12/2/2009), la solución que proponen mis distinguidos colegas, en términos prácticos, no difiere de un rechazo formal de esta queja por falta de legitimación del presentante. Hecha esa salvedad, entonces, coincido con tal solución a los fines de evitar discrepancias abstractas.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

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

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

En similar sentido, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inklemona, Cristina s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7272/10); "Ratti , Fernando Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ratti, Fernando Luis s/inf. art. 6.1.52, estacionamiento

prohibido'" (expte. n° 7313/10), del 4/8/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Domínguez, Diego Martín s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7362/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rife, Pablo Leonel s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7383/10) y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Basilico, Ezequiel s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7367/10), del 11/8/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Capello, Alejandro s/inf. art. 111 CC'" (expte. nº 7408/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Di Laudadio, Claudio Marco s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7402/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palma, René Hipólito s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7404/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gil, Miguel Ángel s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7317/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Jacob, Michael s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7382/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Butorac, Carlos Roberto s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7395/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Buitrago, Joaquín s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7406/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vásquez, Rafael s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7405/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mayou, Pablo Gastón s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7361/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Coronel Esteche, Wilson María s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7396/10) y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Suárez, Federico s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7365/10), del 18/8/2010.

CLXXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PILOTTO DIEHL, MICHELE S/INFR. ART(S). 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES —CC'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos. Caso constitucional. Sentencia equiparable a definitiva. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Facultades. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

SUMARIOS:

1. Si bien el efecto suspensivo del recurso de queja peticionado por el fiscal general adjunto tiene naturaleza excepcional y debe ser aplicado con carácter restrictivo, en el caso aparecen discutidas potestades que, *en principio*, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, cuyo eventual desconocimiento, *prima facie* denunciado, podría ameritar una resolución favorable al interés representado por el solicitante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Con el efecto suspensivo del recurso de queja se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva el efecto suspensivo del recurso de queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer

excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 7349/10 - 4/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso queja (fs. 49/56) contra el auto denegatorio (de fs. 48) de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 29/32) deducido, a su turno, contra la resolución de la Sala II (fs. 25/28) que confirmó la decisión del juez de primera instancia, en cuanto concedió la suspensión del proceso a prueba a favor de Michele Pilotto Diehl —a pesar de la oposición de la Fiscalía.

2. Al contestar la vista conferida, el señor fiscal general adjunto sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que "disponga el efecto suspensivo" en los términos del art. 33 de la ley 402 (fs. 60/65).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

Si bien el efecto suspensivo peticionado por el fiscal general adjunto tiene naturaleza excepcional y debe ser aplicado con carácter restrictivo, en el caso aparecen discutidas potestades que, *en principio*, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo dicho por este Tribunal en el precedente "Lucía" (18/5/2009), potestades cuyo eventual desconocimiento, *prima facie* denunciado, podría ameritar una resolución favorable al interés representado por el solicitante. Con el efecto suspensivo que aquí se decide, tal como sucediera en materia penal en la causa "Estigarribia" (4/12/2009), se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva el efecto suspensivo solicitado en autos (véanse mis votos en "Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del

3/12/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009).

Por ello, corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo requerido.

El juez José O. Casás dijo:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA— (conf., "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Jiménez, Juan Alberto s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", expte. nº 7238/10, resolución del 11/6/2010, y sus citas).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo requerido.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re* "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. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hipódromo Argen-

tino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—'", expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, el argumento expuesto por el señor fiscal para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que "se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido" (fs. 65 vta.).

En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7348/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 —s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Zimmerer, Michael Simon s/inf. art. 111, CC'", del 5/8/2010; nº 7279/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rao Balmaceda, José s/art. 189 bis, C.P.'", del 11/8/2010; nº 7389/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Álvarez, Fabián Hugo s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'"; nº 7363/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rial, Ariel Federico s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'"; nº 7366/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kohan, Alejandro Maximiliano s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'"; nº 7388/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oshiro, Mariano Oscar s/infr. art. 111, CC'"; nº 7368/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones

con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ortolani, Dennis Roberto s/infr. art. 111 CC'"; n° 7358/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente a tenor del art. 205, CPP CABA en autos: Rodrigo, Cristian y otro s/infr. art. 3º de la ley 23592 respecto de José A. Leccese y otros'", del 18/8/2010; nº 7283/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez, Marcos Esteban s/infr. art. 111, CC'"; n° 7394/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vázquez, Juan Carlos s/infr. art. 111, CC'" y nº 7397/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cordone Forn, Osvaldo Felipe s/infr. art. 111, CC'", del 25/8/2010.

CLXXXIII

"WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BWIN.COM S/INFR. ART. 116, CC, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO'"

RECURSO DE QUEJA: Interposición extemporánea.

Expte. SAPCyF n° 7097/10 - 4/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Armando Andrés Wasserman interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/16) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que, en lo sustancial, no hizo lugar a la solicitud de apartamiento de la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 5.

2. Denegada la concesión del recurso por el tribunal de alzada, la defensa planteó ante el Tribunal el recurso de queja de fs. 38/51.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La queja debe ser desestimada pues fue planteada tardíamente.

Surge de las actuaciones acompañadas que la defensa del Sr. Armando A. Wasserman fue notificada de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad el 17/2/2010 (fs. 2) y que la queja fue presentada ante la Mesa de Entradas del Tribunal el 1º/3/2010, a las 9.47 hs (véase cargo de fs. 51).

Se constata, entonces, que el escrito fue presentado el octavo día hábil posterior a la notificación, habiendo vencido el plazo de 5 días que confiere el art. 33 de la ley 402 para la interposición del recurso de queja.

Por las razones expuestas, voto por declarar inadmisible la queja interpuesta a fs. 38/51 y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 55.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero, en todos sus términos, al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz. A ello no empece que la queja presentada contenga inconsistencias con referencia a las resoluciones judiciales contra las que se habría interpuesto recurso de inconstitucionalidad —y las Salas de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas que las dictaran— por cuanto, en definitiva, las propias manifestaciones de la parte (contestes con las copias agregadas a fs. 2 y 18/21) indican en concreto que el auto denegatorio que se pretende cuestionar fue notificado el día 17/2/2010 y la queja fue interpuesta el día 1º/3/2010 a las 9:47 hs.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar inadmisible* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Dar por perdido* el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 55.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CLXXXIV

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CORRAO, OSVALDO HORACIO S/INFR. ART(S). 111 CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Efectos suspensivos.
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación. Facultades. Irretroactividad de la ley.

SUMARIOS:

1. Con independencia de que el señor fiscal ante la Cámara interpuso el recurso de inconstitucionalidad y la queja con posterioridad a que entrase en vigencia la nueva redacción del art. 53 de la ley 12, lo cierto es que, en la medida en la cual esa modificación legal hizo nacer un derecho recursivo en cabeza de la Fiscalía que —al dictarse dicha resolución— esa parte no tenía, la decisión surtió plenos efectos y pasó en autoridad de cosa juzgada para el Ministerio Público Fiscal, al amparo de la ley anterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Carlos F. Balbín).*

2. El legislador puede sancionar una nueva ley procesal para otorgar un recurso más al Ministerio Público Fiscal, que ningún acusado tiene derecho a que las leyes procesales se mantengan inmutables y que las leyes procesales, en principio, se aplican a los procesos en trámite, pero sin embargo, razones de equidad y seguridad jurídica me llevan a afirmar que el estado de cosas del que gozaba el imputado en estas actuaciones ya estaba definido, en cuanto a sus características y efectos jurídicos, con el dictado de la decisión de la Cámara y aquel estado de cosas debe permanecer inalterable, criterio que no varía frente al hecho de que esa decisión haya sido notificada al Ministerio Público Fiscal cuando ya se encontraba en vigencia la nueva redacción, que sí le confiere legitimación, pues la recurribilidad de esa sentencia debe ser examinada a la luz de la ley vigente al momento de su dictado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Carlos F. Balbín).*

3. La ley procesal vigente sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo del recurso de queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Dada la nueva redacción del art. 53 de la ley 12 (reformada por ley 3382) que concede a las partes la posibilidad de interponer los recursos de los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad y de queja. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

5. La decisión cuestionada a través del recurso de inconstitucionalidad del Ministerio Público Fiscal fue notificada cuando la reforma procesal ya había entrado

en vigencia, con lo que el representante del Ministerio Público Fiscal estaba, en el caso, legitimado para interponer el recurso en cuestión. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La solicitud efectuada por el señor fiscal general adjunto para que el Tribunal disponga el efecto suspensivo del recurso de queja se funda en una argumentación suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7156/10 - 5/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 dedujo esta queja (fs. 65/75), contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad, interpuesto, a su turno, el día 11/2/2010 (conf. fs. 30). Ese remedio procesal atacaba la resolución de la Sala I, que, el día 30/12/2009, confirmó la suspensión del proceso a prueba decidida por la jueza de primera instancia —pese a la oposición de la Fiscalía— a favor del Sr. Osvaldo Horacio Corrao; resolución de la Cámara que le fue notificada a la Fiscalía recurrente el día 3/2/2010 (conf. fs. 40).

2. Al contestar la vista conferida, el señor fiscal general adjunto sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que "disponga el efecto suspensivo" en los términos del art. 33 de la ley 402 (fs. 79/85).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

Al margen de que este acuerdo ha sido convocado con el propósito de decidir sobre el "efecto suspensivo", peticionado por el señor fiscal general adjunto, las razones que expuse recientemente al emitir mi voto en los autos "Pazos" (expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010) me obligan a rechazar la queja sin más trámite.

Concretamente: la sentencia fue dictada el 30/12/2009 y notificada a esa parte el 3/2/2010; la modificación de la ley procesal 12, en lo que respecta a su art. 53

(ley 3382), fue publicada en el *BO* el 21/1/2010; el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto el 11/2/2010 y la queja el 25/3/2010.

Con independencia de que el señor fiscal ante la Cámara interpuso el recurso de inconstitucionalidad y la queja con posterioridad a que entrase en vigencia la nueva redacción del art. 53 de la ley 12, lo cierto es que, en la medida en la cual esa modificación legal hizo nacer un derecho recursivo en cabeza de la Fiscalía que —al dictarse dicha resolución— esa parte no tenía ("Rodríguez y Ball", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999), la decisión surtió plenos efectos y pasó en autoridad de cosa juzgada para el Ministerio Público Fiscal, al amparo de la ley anterior. En este sentido, no es posible olvidar que, antes de aquella reforma, el único sujeto habilitado para apelar el fallo de Cámara —esto es, el contraventor— tenía el derecho a que su situación jurídica existente y consolidada no se viera alterada, modificada o perturbada por la actuación del órgano acusador, derecho que reconocía su base —cuanto menos— en la ley anterior. Está fuera de discusión que el legislador puede sancionar una nueva ley procesal para otorgar un recurso más al Ministerio Público Fiscal (CSJN, "Arce", *Fallos,* 320:2145), que ningún acusado tiene derecho a que las leyes procesales se mantengan inmutables y que las leyes procesales, en principio, se aplican a los procesos en trámite —con la particularidad de que, dentro de las causas en trámite, se aplican a los actos cumplidos a partir de la vigencia de la reforma procesal en cuestión ("Ybarra", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010)—. Sin embargo, razones de equidad y seguridad jurídica me llevan a afirmar que el estado de cosas del que gozaba el imputado en estas actuaciones ya estaba definido, en cuanto a sus características y efectos jurídicos —aunque dichos efectos aún no se estuvieran produciendo—, con el dictado de la decisión de la Cámara y aquel estado de cosas debe permanecer inalterable.

La situación, a mi criterio, no varía frente al hecho de que esa decisión haya sido notificada al Ministerio Público Fiscal cuando ya se encontraba en vigencia la nueva redacción, que sí le confiere legitimación, pues, como ya lo he dicho, la recurribilidad de esa sentencia debe ser examinada a la luz de la ley vigente al momento de su dictado ("Pazos", ya citado). Deseo aclarar que mi convicción sobre la solución que adopto se funda en el hecho de que esta ley procesal —al permitir que el Estado continúe ejerciendo su poder punitivo sobre el ciudadano, ante esta instancia— resulta menos favorable al interés del contraventor.

Así lo voto.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Coincido con la solución propuesta por la señora jueza de trámite. La resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad fue dictada el 30/12/2009. La ley procesal vigente a ese momento sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en

autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, considero apropiado afirmar que dada la nueva redacción del art. 53 de la ley 12 (reformada por ley 3382, publicada en el *BOCABA* nº 3345 del 21/1/2010) que concede a "las partes" la posibilidad de interponer los recursos de los incs. 4º y 5º del art. 26 de la LOPJ, el representante del Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para recurrir ante este Tribunal Superior por vía de recurso de inconstitucionalidad y de queja.

Como lo ha expresado este Tribunal en otras ocasiones, los actos procesales deben ajustarse a las disposiciones vigentes al momento en que estos se cumplen (conf., en lo pertinente, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ybarra, Luis Antonio s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC'", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art. 111 CC'", expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010, entre otras). En ese sentido, la posibilidad formal de impugnar las decisiones nace con la notificación practicada de acuerdo a las formas legalmente previstas. Es ese el momento en el que el pronunciamiento del órgano jurisdiccional queda efectivamente integrado como acto procesal y produce sus efectos respecto de las partes que quedan, entonces, vinculadas con aquel. En consecuencia, la impugnabilidad objetiva y subjetiva de la decisión cuestionada debe verificarse al momento de su notificación.

En el caso, la decisión cuestionada a través del recurso de inconstitucionalidad del Ministerio Público Fiscal, dictada el 30/12/2009, fue notificada el día 3/2/2010, oportunidad en la que la reforma procesal referida ya había entrado en vigencia, con lo que el representante del Ministerio Público Fiscal estaba, en el caso, legitimado para interponer el recurso en cuestión.

2. En cuanto a la solicitud efectuada por el señor fiscal general adjunto (véase punto 2 del resulta) entiendo que la argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA— (conf. "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara

con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Jiménez, Juan Alberto s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", expte. nº 7238/10, resolución del 11/6/2010, y sus citas).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el juez José O. Casás cuando sostiene que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (conf. lo dispuesto en la ley 3382) y en tiempo oportuno.

Sentado ello, también coincido con el mencionado colega en que corresponde otorgar a la queja el efecto suspensivo solicitado por el fiscal general adjunto a fs. 79/85. Ello así, porque, a mi juicio, la Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conllevado los efectos suspensivos que el recurrente peticiona (conf. la doctrina de mis votos *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009; y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009).

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 65/75.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

CLXXXV

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/GCBA S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Servicio público local. Ente Único Regulador de Servicios Públicos. Acto administrativo. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario no puede prosperar ya que en este juicio no se persigue otra cosa que obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos local, ente contemplado en el art. 138 de la CCBA, y la cuestión debatida en autos depende primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. No autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 17, 18 y 19, C.N.), dado que la recurrente no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6823/09 - 9/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 524/574 vta.) contra la resolución de fecha 5 de mayo de 2010 (fs. 370/388) por la que el Tribunal admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad que su parte articulara.

2. El recurso fue contestado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que solicitó su rechazo (fs. 546/557).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso extraordinario federal planteado por Metrovías ha sido interpuesto en tiempo oportuno, sin embargo no puede prosperar.

2. En autos, la recurrente no alcanza a demostrar que la cuestión, cuya dilucidación pretende someter a la instancia extraordinaria, constituya una cuestión federal.

Ciertamente, el desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción impugnada y reclamar la competencia federal *no viene fundado en norma federal alguna*, sino en la mera invocación de la cláusula del contrato de concesión en que las partes acordaron llevar sus disputas al fuero federal. Sin embargo, la recurrente no propone una interpretación que explique por qué razón la mera existencia de un contrato de concesión, cuyo concedente es la Nación, importaría, por sí mismo, la exclusión de las competencias locales, según lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la C.N., norma constitucional de la cual tampoco se hace cargo la recurrente.

Toda vez que en este juicio no se persigue otra cosa que obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos local, ente contemplado en el art. 138 de la CCBA, la cuestión debatida en autos depende primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (v. gr. ley 210 y 24.240, *Fallos,* 324:4349).[28]

La referencia que, por otra parte, hace Metrovías a precedentes del Alto Tribunal tampoco permite tener por acreditada la presencia de un caso federal, en tanto ella no explica ni fundamenta cuáles serían las similitudes fácticas que justificarían adoptar —en este caso— la misma solución que en aquéllos.

El recurso extraordinario federal, entonces, no logra poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

3. Tampoco autoriza a habilitar la vía extraordinaria la invocación genérica de cláusulas constitucionales que la actora efectúa para justificar la existencia de cuestión federal (arts. 17, 18 y 19, C.N.), dado que la recurrente no acredita la necesaria correspondencia que debe existir entre ellas y la decisión adoptada. La CSJN ha establecido, al respecto, que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306;

[28] El encuadre de la ley 24.240, como norma dictada en ejercicio de las competencias previstas en el art. 75 inc. 12 de la C.N., se completa con el precedente de *Fallos*, 324:1740 que atribuye carácter federal a las disposiciones de esa norma "en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional".

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), hipótesis que no se verifica en el caso.

4. Además, las afirmaciones de la recurrente sólo reflejan la discrepancia con lo resuelto a través de la reiteración de planteos vinculados, en realidad, con la cuestión de fondo debatida en el caso —lógicamente aún no dilucidada— lo que priva al recurso del requisito de adecuada fundamentación exigido por la doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 316:420; entre muchos otros.

5. Finalmente, y como quedó expuesto en los párrafos precedentes, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i).

Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Metrovías S.A. Las costas de la incidencia 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).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Metrovías S.A., con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 372, punto 3.

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

CLXXXVI

"COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CABA C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Acción declarativa de certeza. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: Legitimación. Representación gremial. CONTRIBUCIÓN DE ALUMBRADO, BARRIDO Y LIMPIEZA, TERRITORIAL, DE PAVIMENTOS Y ACERAS Y LEY 23.514: Certificado de inexistencia de deuda.

SUMARIOS:

1. El fallo recurrido ha desatendido que el interés que el Colegio de Escribanos debía acreditar para justificar su legitimación —y así lo hizo— fue el que le permitía instar el proceso judicial, y no el interés que emergería de una cierta relación material de titularidad del derecho que en el fondo se discute, del que carece. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Al ser el Colegio de Escribanos una asociación, la legitimación que le reconocen los arts. 14 y 14 bis de la C.N. y las normas infraconstitucionales referidas al Colegio de Escribanos (ley y estatuto) para defender el ejercicio de la profesión establecidos y reconocidos entre sus objetivos asociacionales; la pretensión ejercida en esta causa está directamente vinculada con los objetivos específicos de dicha institución y sólo mediatamente con la situación tributaria de quienes requieren ciertos servicios notariales —razón ésta tenida en cuenta en la instancias anteriores para negar la legitimación reclamada por el Colegio de Escribanos—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

3. La legitimación del Colegio de Escribanos viene dada por la representación de sus asociados que la ley le confiere, tanto para reclamar en sede administrativa como para demandar en sede judicial a raíz de medidas que afecten o perturben el ejercicio de la profesión en cualquiera de sus aspectos; entre los que no cabe excluir el que los constituye en agentes de retención. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

4. La acción planteada se vincula claramente con la representación gremial de los escribanos (art. 124 inc. w, ley 404) y se dirige a cuestionar decisiones de los poderes públicos que se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos (art. 124 inc. x), y es acorde al objetivo primordial que el Colegio de Escribanos fijó en su Estatuto de extender su accionar no sólo a la protección de los notarios, sino también del patrimonio y cuidado de los intereses públicos en cuanto tengan atinencia con el notariado; objetivo de tal laxitud que no permite considerar excluido *a priori* de él, la iniciación de una demanda tendiente a dotar de mayor precisión a la información referida a deudas fiscales en trance de ejecución. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

5. La pretensión para que se declare que no existe deuda líquida y exigible en concepto de ABL, en los conceptos del Código Civil (arts. 743 y 819, Cód. Civil), y conforme la exigencia de la ley 22.427, cuando no se menciona en el certificado correspondiente el Juzgado y Secretaría y Nº de causa por dónde tramita el juicio que tan sólo se indica como "iniciado", se limita a solicitar una declaración abstracta sobre la correcta interpretación o validez de un precepto legal, esto es, no a su aplicabilidad a una relación jurídica, sino a todas aquellas subsumibles en la ley, de modo que no se somete a conocimiento de los jueces una cuestión que cumpla con los requisitos de causa o controversia que impone el art. 106 de la CCBA, circunstancia que no varía por tratarse de la acción declarativa de certeza prevista en el art. 277 del CCAyT. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La acción declarativa sortea la necesidad de formular una pretensión de condena, pero, mantiene la de identificar la relación jurídica a cuyo respecto se pide la declaración. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 6898/09 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el CE) inició una acción meramente declarativa tendiente a que se esclarezca el estado de incertidumbre ocasionado por algunos certificados de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos y Aceras y ley 23.514 (en adelante certificados de ABL) requeridos por los notarios en ocasión de autorizar la constitución o transferencia de derechos reales sobre inmuebles.

En cuanto ahora interesa, el CE requirió que la sentencia "declare que no existe deuda líquida y exigible en concepto de ABL, en los conceptos del Código Civil (arts. 743 y 819, Cód. Civil), y conforme a la exigencia de la ley 22.427, cuando: 2.1. No se menciona en el certificado correspondiente el Juzgado y Secretaría y Nro. de causa por donde tramita el juicio que tan sólo se indica como iniciado" para el cobro del impuesto adeudado; quedando liberados de toda responsabilidad el escribano interviniente y el adquirente. La demanda requirió igual pronunciamiento en relación con otras situaciones que perdieron actualidad durante la sustanciación del proceso, al dictarse la ley 2179 que modificó los arts. 84 y 85 del C.F.

El CE invocó la representación de todos sus matriculados y las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica del Notariado 404 que en su art. 124 establece que el Colegio de Escribanos ejerce, con exclusividad, la representación gremial de los escribanos de la Ciudad (inc. w), y puede actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados en tanto aquellas se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos (inc. x). Sostuvo que en ejercicio de

tales facultades se encuentra legitimado a fin de hacer cesar un estado de incertidumbre en cuanto a los alcances y efectos de los certificados que informan la deuda de ABL que consideraron emitidos en forma deficiente por la DGR.

También planteó que a los escribanos, como agentes de retención y percepción de tributos, se les genera un conflicto de intereses, dada su responsabilidad frente al Fisco, por un lado, y frente a las partes otorgantes de la escritura por las deudas mal informadas, indeterminadas o erróneamente determinadas, por otro. Agregó que también se presenta en ese conflicto el interés propio del notario, quien como profesional independiente está interesado que el acto escriturario se celebre.

El CE planteó que en el caso se cumplía el requisito del perjuicio inminente porque la situación de incertidumbre se presenta en la labor diaria de los notarios al solicitar los certificados respectivos, previo a autorizar las escrituras.

2. El GCBA opuso excepción de falta de legitimación activa e inhabilitación de la instancia, y contestó la demanda solicitando su rechazo (fs. 357/422). Sostuvo que el CE carecía de aptitud legal para promover la demanda pues no era el titular de la relación jurídica tributaria que se regía por las normas invocadas, ni resultaba afectado directa o indirectamente por ellas, ni por sus eventuales interpretaciones y aplicaciones.

Agregó que en materia tributaria no es admisible la legitimación de los colegios en defensa de intereses colectivos o difusos, pues en esta materia se plantea una relación sustancial entre el contribuyente y el Estado que carece de incidencia colectiva. Por su propia naturaleza, la cuestión tributaria sólo involucra derechos subjetivos o intereses particulares que se concretan con la aplicación particular de las normas a los contribuyentes y responsables exclusivamente. Expuso que la materia tributaria no encuadra entre las materias para las cuales el art. 14 de la CCBA y el art. 43 de la C.N. amplían la legitimación y la reconocen a quienes representan derechos o intereses colectivos o difusos.

Afirmó, además, que de acuerdo con el art. 23 de la ley 404 cada escribano sería el verdadero y único interesado y estaría legitimado para peticionar ante las autoridades. Agregó que quien puede contradecir la forma en que un certificado está expedido es la parte a quien se le retuvo el dinero.

Negó también que existiera el estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, pues no existe falta de certeza sino desacuerdo con la forma de emisión del certificado.

También cuestionó la admisibilidad de la acción declarativa sin haberse recurrido y agotado previamente la vía administrativa; que sería demostrativo de la existencia de otro remedio legal, que no fue utilizado.

Afirmó que en cuanto a las funciones de los notarios —definida en el art. 84 del C.F. (t.o. 2003)—, no existía falta de certeza pues ellos cumplen con su cometido al retener el importe debido consignado en el certificado de deuda y proceder a su pago. Agregó que con la sola mención en el certificado de "juicio iniciado" y de la partida, el escribano se encuentra en condición de constituirse en la mesa de entradas de la Justicia CAyT y obtener el juzgado de radicación.

3. El juez de primera instancia desestimó las excepciones de falta de legitimación activa e inhabilitación de la instancia (fs. 424). La Cámara modificó la decisión respecto a la defensa de falta de legitimación y dispuso que se la tuviera presente para el momento de resolver sobre el fondo de la cuestión debatida (fs. 455/456).

4. La sentencia de primera instancia consideró que el objeto a decidir quedó "circunscripto al supuesto en que el certificado de deuda no se menciona el correspondiente Juzgado y Secretaría y número de causa por donde tramita el juicio, el que tan sólo se indica como iniciado, debiendo analizarse entonces en este contexto si la actora tiene legitimación para demandar como lo ha hecho".

La sentencia descartó que el CE actuara en representación gremial —inc. x) de la ley 404— pues en "el supuesto que la demanda fuese admitida no provocaría un mejoramiento en las condiciones de trabajo de los escribanos sino que, en todo caso sólo redundaría en beneficio del contribuyente". En cuanto al inc. w) de la ley 404 —que establece que el CE puede promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos en tanto aquéllas se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos— la jueza entendió que "[d]el Código Fiscal (...) no surge, ni puede inferirse tampoco, que el notario esté obligado a indagar acerca del estado de la causa judicial a que hubiese dado origen la deuda o sobre si ésta se encuentra o no prescripta. Se trata, estas últimas, de cuestiones que hacen al interés exclusivo del contribuyente el que, en todo caso, podría efectuar los reclamos que estimare pertinentes. En consecuencia no se advierte de qué manera las invocadas omisiones de que adolecería el certificado de deuda podrían afectar directa o indirectamente el interés de los profesionales". Con tales fundamentos la jueza negó "legitimación procesal a la entidad actora para promover el presente amparo en procura de una decisión judicial que declare la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus asociados".

5. La sentencia fue apelada por el CE atento la declaración de falta de legitimación de su parte para accionar (fs. 582/589). Tras desarrollar sus agravios, el recurrente solicitó a la alzada que "*2)* Una vez cumplimentados los trámites de ley, dicte sentencia revocando la resolución del recurso, en lo que fue materia de agravio, esto es, admita la legitimación de mi mandante para interponer la presente acción meramente declarativa". El GCBA al contestar el memorial solicitó que "*3.* Oportunamente se rechacen los agravios de la actora..." (fs. 591/604).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, resolvió "Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto ha sido motivo de agravio". El juez Eduardo A. Russo —a quien adhirió el juez Esteban Centanaro— consideró que "no logra la demandante establecer concretamente en autos, cuál sería la incertidumbre concreta que pronuncia, como así tampoco el perjuicio o lesión actual que invoca (...) por cuanto el notario particular, y en relación a la normativa que lo vincula, no posee responsabilidad alguna en cuanto a la expedición de certificados de la autoridad administrativa, teniendo en cuenta que su deber se circunscribirá a lo determinado por la ley 404 y sus complementarias. En este último caso, ha sido claro el funda-

mento de la sentenciante de grado cuando mencionó que no le cabe responsabilidad alguna frente al cliente, en caso de librarse un certificado incompleto o erróneo, ya que en ese caso, el contribuyente sería el legitimado para actuar contra la autoridad que libró el documento (...) Es decir que, *prima facie,* no existe perjuicio manifiesto, directo, ni indirecto respecto de lo pretendido en esta acción por parte del Colegio de Escribanos. En segundo término, en caso de ocurrir las circunstancias denunciadas en autos, la existencia de otros remedios, por parte del contribuyente lesionado o perjudicado y no de la colegiatura, llevan a cuestionar la interposición de la acción intentada, por no cumplir con mínimos requisitos para llevarla a cabo".

También desconoció legitimación activa al CE al negar que, estatutariamente, tuviera "la representación de los intereses patrimoniales de los colegiados en forma personal, ni menos aún de los contribuyentes, parte del negocio jurídico que desarrollan aquellos".

En suma, negó que la legitimación amplia invocada por el CE fuera aplicable en el caso "teniendo en cuenta que, la normativa citada por aquella, los es en términos a derechos vinculados al medio ambiente, la competencia, a las circunstancias que afecten las relaciones entre consumidores y usuarios y derechos incidencia colectiva en general. En el caso, nos encontramos frente a una situación que lleva a decidir sobre derechos patrimoniales que se derivarían de la incorrecta, incompleta o errónea emisión de certificados de deuda por parte de la DGR, que afectaría en todo caso a las potenciales partes escriturarias, las que deberían en forma individual y concreta cuestionarlos, en el caso de proceder, frente a la autoridad administrativa, en ejercicio de sus intereses patrimoniales".

Por su parte, el juez Esteban Centanaro consideró que "en la cuestión traída a debate no se advierte suficiente aptitud para la promoción de la acción puesto que no se vislumbra la afectación de la labor del escribano como así tampoco, coincido, le corresponde al notario indagar a éste la causa de la eventual deuda que pueda recaer sobre un inmueble objeto de transmisión".

En disidencia, la jueza Nélida Mabel Daniele consideró "que la entidad actora tiene legitimación para interponer la presente acción, pues, ostenta la representación colectiva de los escribanos en la Ciudad de Buenos Aires, y asimismo, el objeto de la pretensión —propender a la solución de los problemas que generan para los notarios el modo de emisión de certificados de deuda de ABL por parte del GCBA— queda comprendido dentro de fines prescriptos por la Ley Orgánica Notarial 404", pero rechazó la demanda en cuanto al planteo sustancial, esto es, que se declare que ante la ausencia de determinada información en los certificados de deuda de ABL emitidos por el Gobierno se considere que no existe deuda líquida y exigible en los términos de la ley nacional 22.427.

6. El CE interpuso recurso de inconstitucionalidad. Planteo, en síntesis, los siguientes agravios: *a)* se afecta el derecho de defensa en juicio y el derecho a la tutela judicial efectiva al negarse la legitimación del CE para obrar en el juicio; *b)* el CE interpuso la acción declarativa "en defensa de *intereses colectivos* de sus colegiados, en el *interés común* de sus matriculados", ya que la situación planteada

es una cuestión que involucra a todos los matriculados, "se trata de derechos de incidencia colectiva que pueden afectar el interés común de los afiliados". Al respecto, afirmó que no debate una cuestión que afecte directamente el patrimonio de los escribanos colegiados, ni en el que la acción esté en cabeza de los contribuyentes, sino si los escribanos deben reputar que existe deuda líquida y exigible cuando se dan determinadas deficiencias en el certificado de deuda. Esta cuestión, afirma el recurrente, encuadra dentro de la representación gremial que el art. 124, inc. w) de la ley 404 asigna al CE, y habilita su legitimación de acuerdo con el art. 6º, CCAyT, 75, inc. 22, C.N. y 10, CCBA. Denuncia que al no admitirse la legitimación se afectan los derechos de propiedad y a trabajar de los escribanos, tutelados por las constituciones nacional y local; afirma que ello ocurre "por la emisión de certificados incompletos y/o inexistentes, pues, la indagación que se ve obligado a efectuar el notario a los fines de determinar si la deuda se encuentra prescripta, o la acción para su ejecución ha caducado, o quién es el mandante a quien corresponde contactar para abonarla, demanda mucho tiempo, lo que retrasa el momento de la escrituración, perjudicando los intereses de todas las partes, incluso los del propio notario.// El notario tiene un interés propio en que esta situación de incertidumbre se despeje, a los efectos de poder desarrollar su labor en un marco de mayor celeridad y seguridad jurídica que actualmente aparece viciado. Entonces, el Colegio también posee interés en despejar esta situación de incertidumbre que genera un cúmulo de notas de los colegiados y diversas gestiones ante la Dirección General de Rentas por cada caso particular, cuando en realidad todos tienen el denominador común de la deficiencia en los certificados de deuda".

El GCBA contestó el recurso. Sostuvo que no se plantea un caso constitucional, ya que la legitimación del CE es una cuestión procesal, ajena al recurso de inconstitucionalidad. Afirmó que el CE reconoce que no se afecta directamente el patrimonio de los colegidos y que él no representa a los contribuyentes. Agregó que la sentencia recurrida no es "definitiva" pues las cuestiones pueden ser replanteadas por los contribuyentes obligados al pago del tributo. También sostuvo que no se plantea una cuestión gremial que afecte la labor de los notarios, ni se advierte que el CE pueda actuar en defensa de los intereses patrimoniales personales de sus colegiados, y menos aún de los contribuyentes. Afirmó que "la única parte que tiene interés es el contribuyente y no el escribano".

7. La Sala concedió parcialmente el recurso pues consideró que se encontraba "en debate la interpretación y el alcance de los derechos de defensa en juicio y el acceso a la justicia y, que tales preceptos tuvieron una relación directa e inmediata con la solución adoptada...", y lo denegó por la causal de arbitrariedad.

El CE planteó recurso de queja frente a la denegatoria parcial (fs. 713/717), que fue acumulado al recurso concedido (fs. 719).

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto quien propició que se declare mal concedido el recurso y se rechace la queja, ya que ellos no logran demostrar por qué la decisión de la Cámara es contraria a las normas de las constituciones nacional y local que el recurrente cita, y el fallo se sostiene en una

interpretación fundada del Estatuto del CE y en la apreciación de circunstancias de hecho y de prueba (fs. 722/724).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque la decisión del recurso se vincula directamente con ciertas disposiciones de la ley local 404, del Estatuto del Notariado y del Código CAyT (aprobado por ley 189), la interpretación dada por los tribunales de las instancias anteriores a las reglas invocadas por la actora —que llevó a desconocer la legitimación del CE para entablar la demanda— pone en debate el alcance reconocido por los jueces de grado al derecho a acceder a la justicia y a la protección judicial efectiva. Con tal alcance el recurso fue correctamente concedido y la objeción a su admisibilidad expresada por el Ministerio Público Fiscal en su dictamen debe ser rechazada.

2. Es conveniente transcribir el texto de los incs. w) y x) del art. 124 de la ley 404: "Son atribuciones del Colegio de Escribanos: (...) *w)* Ejercer, con exclusividad, la representación gremial de los escribanos de la Ciudad.// *x)* Actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados, en tanto aquéllas se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos".

Del mismo modo, conviene recordar que el Estatuto del CE establece en su art. 2º entre "[s]us objetivos primordiales (...) proteger a sus miembros mediante todos los medios a su alcance, extendiendo su acción al patrimonio y cuidado de los intereses públicos en cuanto tengan atinencia con el notariado" (fs. 341).

Las reglas de la ley local tienen antecedente en lo dispuesto por el art. 45, enunciado general e inc. a) de la Ley del Notariado 12.990 de 1947, que asignaba al CE la representación gremial de los escribanos y la legitimación para "presentarse en demanda de cualquier resolución que tenga atinencia con el notariado o con los escribanos en general". No obstante las diferencias en las expresiones utilizadas, la legislación local no innova —en relación con la norma dictada en el año 1947 (ley 12.990)— en cuanto a la legitimación del Colegio, reconocida originariamente sobre la base de disposiciones legales y construcciones dogmáticas totalmente ajena al más reciente paradigma de los derechos colectivos, de incidencia colectiva, intereses difusos, etcétera.

La cuestión discutida en el caso no introduce en el debate las aristas más polémicas del nuevo paradigma; la solución se presenta anclada en la problemática de la representación que se asigna a los colegios y asociaciones profesionales. Bajo esta clave interpretativa debe ser considerada la aplicación —o no— al caso de la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado nacional", *Fallos,* 326:2998, sentencia del 26 de agosto de 2003.

En tal sentido, dejo señalado que en aquel precedente, la Corte consideró que: "la acción de amparo ha sido deducida *respecto de derechos de carácter patrimo-*

nial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la C.N. Tales consideraciones conducen a negar legitimación procesal a la entidad actora para promover el presente amparo en procura de una decisión judicial que declare la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus asociados" (sin cursivas en el texto original), situación que difiere de la planteada en autos, tal como se verá.

3. El fallo recurrido ha desatendido que el interés que el CE debía acreditar para justificar su legitimación —y así lo hizo— fue el que le permitía instar el proceso judicial, y no el interés que emergería de una cierta relación material de titularidad del derecho que en el fondo se discute, del que carece.

Tratándose de una asociación, la legitimación que le reconocen los arts. 14 y 14 bis de la C.N. y las normas infraconstitucionales referidas al Colegio de Escribanos (ley y estatuto) para defender el ejercicio de la profesión establecidos y reconocidos entre sus objetivos asociacionales; la pretensión ejercida en esta causa está directamente vinculada con los objetivos específicos del CE y sólo mediatamente con la situación tributaria de quienes requieren ciertos servicios notariales —razón ésta tenida en cuenta en las instancias anteriores para negar la legitimación reclamada por el CE.

En tal sentido, considero correcto la afirmado por la jueza que votó en disidencia, Dra. Mabel Daniele: "resulta innegable el interés de una asociación representativa de los profesionales escribanos en la adecuada expedición de los certificados de deuda de ABL por parte del GCBA en tanto la actividad de los notarios presenta una doble situación digna de tutela. En primer lugar, en cuanto los escribanos como agentes de retención —80 C.F.— deben actuar según dicho certificado frente al contribuyente; en segundo lugar, en la medida en que frente al GCBA son responsables a título personal de ingresar el gravamen en caso de omisión de recaudación, más allá de los recargos correspondientes —véase art. 87 del C.F.—. En tales condiciones, se configuran los recaudos necesarios para otorgar legitimación a la actora para accionar judicialmente en defensa de sus miembros en tanto determinados actos, hechos u omisiones de la administración puedan perjudicar el ejercicio de su actividad; sin que resulte aconsejable por demás, obligar a cada escribano a iniciar acciones legales para paliar individualmente la deficiencia señalada...".

La legitimación del CE le viene dada por la representación de sus asociados que la ley le confiere, tanto para reclamar en sede administrativa como para demandar en sede judicial a raíz de medidas que afecten o perturben el ejercicio de la profesión en cualquiera de sus aspectos; entre los que no cabe excluir el que los constituye en agentes de retención. Claramente la acción planteada se vincula, entonces, con la representación "gremial" de los escribanos (art. 124 inc. w) y se dirige a cuestionar "decisiones de los poderes públicos" que "se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos" (art. 124

inc. x). Dicha acción, por otra parte, es acorde al objetivo primordial que el CE fijó en su Estatuto de extender su accionar no sólo a la protección de los notarios, sino también del "patrimonio y cuidado de los intereses públicos en cuanto tengan atinencia con el notariado"; objetivo de tal laxitud que no permite considerar excluido *a priori* de él, la iniciación de una demanda tendiente a dotar de mayor precisión a la información referida a deudas fiscales en trance de ejecución.

4. Lo señalado en los puntos precedentes anticipa que haré lugar al recurso de inconstitucionalidad del Colegio de Escribanos y revocaré el fallo recurrido y haré lugar a la apelación planteada por la parte actora, admitiendo su legitimación para accionar en la presente causa.

Conviene señalar que: *a)* la jueza de primera instancia resolvió desestimar la acción por falta de legitimación del CE, y no trató los demás requisitos de admisibilidad y procedencia de la acción instada; *b)* el CE expresó agravios a ese respecto y peticionó concretamente a la Cámara que decidiese ese punto y reconociese su legitimación activa; *c)* el GCBA al contestar el memorial no requirió un pronunciamiento sobre ninguna otra cuestión (excepto, claro está, la imposición de costas).

Congruentemente, el dispositivo del fallo de la Sala II de la Cámara recurrido dispuso "*I.* Confirmar la sentencia de grado *en todo cuanto ha sido motivo de agravio. II.* Imponer las costas de esta instancia a la actora vencida (art. 62 CCAyT). *III.* Diferir la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes en los presentes para el momento en que el presente se encuentre firme. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase".

De tal manera, aunque la sentencia avanzó sobre los demás requisitos de procedencia de la acción de certeza, es dable advertir que *no fue una cuestión propuesta por las partes a su decisión*, razón por la cual todo lo expresado a ese respecto por los jueces de segunda instancia intervinientes sólo puede ser considerado como argumentos *obiter dictum* que carecen de eficacia para rechazar la pretensión declarativa, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 248 del CCAyT que sólo autoriza a la Cámara a "decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se haya pedido aclaratoria, siempre que se solicite el respectivo pronunciamiento al expresar agravios", lo que no fue requerido en autos.

Sin perjuicio de ello, al haber emitido opinión sobre el fondo de la cuestión planteada por la parte actora, corresponde que en lo sucesivo tomen intervención en la Cámara otros jueces distintos a los que ya se pronunciaron.

La forma en que se decide torna innecesario tratar la queja planteada en el expte. n° 6888/09, agregada a partir de fs. 652.

5. Lo hasta aquí señalado no importa abrir juicio sobre el fondo de la pretensión de certeza —declarar que en los casos de certificados emitidos por la Administración General de Ingresos Públicos (AGIP) por deuda de ABL y otras contribuciones territoriales, en los que figure la leyenda "JI" (juicio iniciado) sin indicación de juzgado, secretaría y nº de la causa por donde tramita, no existe deuda líquida y exigible— y menos aún que la misma deba tener acogida favorable, lo que deberá

ser ponderado por los jueces de la causa —v. gr. como lo hizo en su oportunidad uno de los magistrados sentenciantes de Cámara que emitió el pronunciamiento de fs. 606/611 vta., al decidir que la falta de indicación de los recaudos solicitados por el CE no tienen relación directa con la caracterización de la deuda en los términos antes señalados.

Cabe añadir que la información de la deuda que se consigna en los certificados progresivamente por un más eficiente control de pagos, en la mayoría de los casos, viene a brindar con acierto la existencia de obligaciones impagas a raíz de la conducta irregular del contribuyente incumplidor que no atiende la obligación de hacer su aporte al levantamiento de las cargas públicas a fin de permitir dar cobertura a la prestación de los múltiples servicios a cargo de la Ciudad Autónoma (alumbrado, barrido, limpieza, cercos y aceras y Fondo Permanente de Subterráneos o, a partir del impuesto territorial: asistencia social, educación, salud pública, etc.)

6. Por las razones expresadas en lo puntos precedentes se debe:

a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Colegio de Escribanos y revocar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones a fs. 606/611 vta.;

b) hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el punto 2 de la parte dispositiva del fallo de primera instancia de fs. 564/570 y, en su reemplazo, rechazar la defensa de falta de legitimación activa del CE en la causa planteada por el GCBA;

c) disponer que el Juzgado de Primera Instancia interviniente dicte un nuevo fallo que decida la cuestión litigiosa;

d) imponer las costas por su orden, habida cuenta de la complejidad de la cuestión y de la existencia de jurisprudencia de la CSJN que, desde otra perspectiva, puede entenderse contraria a la pretensión de los colegios y asociaciones profesionales de contar con legitimación procesal para promover acciones en nombre de los intereses colectivos de sus asociados tendientes a obtener la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus representados.

e) declarar innecesario pronunciarse en la queja registrada bajo el n° 6888/09.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los aparts. 1, 2, 3, 4 y a la solución propuesta por mi colega el señor juez de trámite José O. Casás. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Escribanos ha sido concedido en la medida en que se encontraría "…en debate la interpretación y el alcance de los derechos de defensa en juicio y el acceso a la justicia y, que tales preceptos tuvieron una relación directa e inmediata con la solución adoptada…" (fs. 644 vta.), formulación que, según me parece, comprende lo relativo a la ausencia de un caso o controversia, la inexistencia de una incertidumbre capaz de habilitar la vía del art. 277 del CCAyT y la falta de legitimación del Colegio de Escribanos para instar la acción intentada, sobre cuya base ha sido rechazada la demanda.

La primera de dichas cuestiones remite a la consideración del concepto de "causa" contemplado en el art. 106 de la CCBA. El recurrente dirige su argumentación a rebatir la afirmación de la Cámara según la cual, aunque la intentada es una acción declarativa de certeza en los términos del art. 277 del CCAyT, no por ello pueden los jueces evacuar meras consultas que no llevan a disponer de un caso concreto (véanse fs. 678 vta. y 681 vta.). Los actores requirieron, en lo que ahora importa, esto es, en lo que no ha sido declarado abstracto a raíz de la sanción de la ley 2179, que se "…declare que no existe deuda líquida y exigible en concepto de ABL, en los conceptos del Código Civil (arts. 743 y 819, Cód. Civil), y conforme la exigencia de la ley 22.427, cuando […] no se menciona en el certificado correspondiente el Juzgado y Secretaría y Nro. de causa por donde tramita el juicio que tan sólo se indica como 'iniciado'" (fs. 1 vta.; véase fs. 677 vta.). Esta pretensión se limita a solicitar una declaración abstracta sobre la correcta interpretación o validez de un precepto legal, esto es, no a su aplicabilidad a una relación jurídica —por ejemplo, a aquella constatada en un certificado o a éste mismo en concreto—, sino a todas aquellas subsumibles en la ley. En tales condiciones, la cuestión que pretende traer a conocimiento de los jueces no es una que cumpla con los requisitos de causa o controversia que impone el art. 106 referido más arriba, circunstancia que no varía por tratarse de la acción declarativa de certeza prevista en el art. 277 del CCAyT. Es que la acción declarativa sortea la necesidad de formular una pretensión de condena, pero, mantiene la de identificar la relación jurídica a cuyo respecto se pide la declaración. Para mayor desarrollo, remito a mi voto *in re* "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, sentencia del 21/3/2007.

El punto, establecido acertadamente por la Cámara, no fue refutado por el recurrente, lo que determina el rechazo de su recurso. Cabe aclarar que la cuestión pudo ser introducida por la *a quo*, toda vez que no sólo está permitido a los jueces controlar en forma oficiosa que se encuentren presentes los elementos necesarios para desarrollar su función (como es la existencia de una causa o controversia), sino que ello les es impuesto en atención a que tienen la delicada función de autolimitarse para evitar invadir la esfera de atribuciones asignada por el constituyente a otros

órganos (conf. *Fallos,* 2:253, entre muchos otros, y 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).

2. Los argumentos brindados más arriba resultan también suficientes para no tratar la queja obrante a fs. 713/717, toda vez que en ese escrito tampoco se realiza una crítica detallada a esos fundamentos de la sentencia de Cámara.

Por las razones expuestas, habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 614/625, confirmar la sentencia de Cámara por los fundamentos expuestos, y rechazar la queja obrante a fs. 713/717.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y revocar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones a fs. 606/611 vta.

2°. *Hacer lugar* al recurso de apelación interpuesto por el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocar el punto 2 de la parte dispositiva del fallo de primera instancia de fs. 564/570 y, en su reemplazo, *rechazar* la defensa de falta de legitimación activa del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa planteada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Disponer* que el Juzgado de Primera Instancia interviniente dicte un nuevo fallo que decida la cuestión litigiosa.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Declarar* innecesario pronunciarse en la queja registrada bajo el n° 6888/09.

6°. *Mandar* que se registre, se notifique, y se devuelva a la Sala interviniente para su conocimiento y oportuna remisión al juzgado de origen.

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

CLXXXVII

"GCBA S/OTROS EN: 'GONZÁLEZ, MIRTA NÉLIDA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Ley 402. Recurso de apelación.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja deducido por el Gobierno contra la declaración de haber sido mal concedido un recurso de apelación, no puede ser admitido pues fue interpuesto contra una resolución que no es pasible de ser impugnada mediante recurso directo ante el Tribunal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Corresponde declarar inadmisible el recurso intentado por la Ciudad, ya que presentó una queja ante este Tribunal contra la sentencia de la Sala I que declaró mal concedido su recurso de apelación, sin haber deducido previamente el recurso de inconstitucionalidad (ni recurso ordinario de apelación). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6914/09 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Mirta Nélida González por derecho propio y en representación de sus hijas menores de edad M. P. y M. G. P. dedujo acción de amparo (fs. 22/33) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, "GCBA") para que se garantice su derecho a la vivienda, a la salud y a la dignidad. Explicó que no se les reconoce su derecho a un techo dado que se les niega "la inclusión en los programas de emergencia habitacional" (fs. 22).

Destacó (fs. 31) que "(...) el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al menoscabar la prestación de asistencia habitacional, sin fundarse en la superación de las causas que dieron origen a su inclusión como beneficiarios, violó la obligación legal de respetar el estándar del contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales".

Fundó su demanda en los derechos que acuerdan los arts. 10, 17, 20 y 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.) y contienen prescripciones normativas concordantes.

Asimismo, 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" (fs. 31 vta.).

Por último, requirió que en carácter precautorio se las incluyese en los programas habitacionales vigentes.

2. En primera instancia se resolvió hacer lugar a la acción de amparo y ordenar al GCBA: *i)* que "[i]ncluya al grupo familiar compuesto por la actora (...) y sus hijas menores de edad (...) en el beneficio previsto por el dec. 690/06, por el tiempo que resulte necesario, y mientras perduren las circunstancias que dieron origen a la presente acción, sin perjuicio de cualquier otra medida dirigida a atender y solucionar la situación de los actores", y *ii)* que "[r]emita (...) bimestralmente a la Asesoría Tutelar Nº 1 un informe socioambiental sobre la situación del grupo familiar, debiendo a su vez dicha dependencia del Ministerio Público informar al tribunal las novedades que impliquen incumplimiento de este fallo". El sentenciante declaró, asimismo, la inconstitucionalidad del límite temporal establecido en el art. 5º del dec. 690/06.

3. Apelada la decisión de grado por el accionado, la Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad la confirmó en todas sus partes (fs. 6/8).

4. Con fecha 8/4/2009 el magistrado de primera instancia dictó una resolución (fs. 8) en la que le hizo saber al Gobierno que " (...) la orden de arbitrar 'cualquier otra medida dirigida a atender y solucionar la situación de los actores' deberá interpretarse en el sentido de otorgar la asistencia que sea necesaria y les permita a los aquí actores acceder a una vivienda acorde con las necesidades actuales y costos reales mientras perduren las circunstancias que dieron origen a la presente acción". En consecuencia, intimó al GCBA a que en el plazo de dos días diera "(...) efectivo cumplimiento a la sentencia de fs. 158/162 y a la resolución de fs. 280...".

5. Contra la decisión del 8/4/2009 el demandado interpuso recurso de apelación (fs. 10/13 vta.), que fue concedido por el juez interviniente.

6. Elevadas las actuaciones a la Sala I, se declaró mal concedido el recurso de apelación del accionado (fs. 14). Los magistrados se remitieron al dictamen de la fiscal de Cámara que consideró que la apelación había sido deducida en forma extemporánea (fs. 34 y vta.).

7. Frente a la resolución de fs. 14, la Procuración presentó ante el Tribunal un escrito cuyo encabezamiento indica "interpone recurso de queja" (destacado en el original, fs. 16/19).

8. En su dictamen (fs. 47/48 vta.), el señor fiscal general adjunto expresó que la queja de fs. 16/19 debe ser declarada inadmisible porque el GCBA no interpuso ni recurso de inconstitucionalidad ni recurso de apelación ordinario previo a acudir al Tribunal mediante su presentación directa.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja deducido por el Gobierno no puede ser admitido pues fue interpuesto contra una resolución que no es pasible de ser impugnada mediante recurso directo ante el Tribunal.

2. Cabe reproducir aquí lo expresado por mi colega José O. Casás en el apart. 2 de su voto —al que en lo pertinente adherí— en "Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en: 'Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. s/infr. art(s). 4.1.1.2, Habilitación en infracción —L 451—'", expte. nº 6731/09, sentencia del 2/3/2010:

"El art. 113, incs. 3º y 5º, de la CCBA regula la competencia apelada del Tribunal. En este sentido, el inc. 3º señala que el TSJBA conoce por vía de *recurso de inconstitucionalidad* en aquellas causas en las que se haya discutido la aplicación de normas constitucionales locales o nacionales. El inc. 5º, por su parte, alude a los supuestos en los que procede el *recurso de apelación ordinario* ante esta instancia".

"La ley 402 (LPT), en tanto, regula el trámite de los dos recursos mencionados. Señala, en ese sentido, que ambos remedios procesales deben ser presentados ante el mismo tribunal que dictó la resolución atacada, quien —luego de efectuar un juicio de admisibilidad provisional— puede concederlos o denegarlos (arts. 27, 28, 38 y 39, LPT)".

Sólo frente a la denegatoria de cualquiera de los dos recursos puede el interesado acudir en queja ante el Tribunal (conf. art. 113 inc. 4º de la CCBA y art. 33 de la ley 402).

En autos, la Ciudad presentó una queja ante este Tribunal contra la sentencia de la Sala I que declaró mal concedido su recurso de apelación. Sin embargo, no muestra haber deducido previamente recurso de inconstitucionalidad (ni recurso ordinario de apelación).

En consecuencia, corresponde declarar inadmisible el recurso directo intentado. Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por la asesora general tutelar y por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisible el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CLXXXVIII

"VACCARO DE CAROSI, MARÍA EMILIA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VACCARO DE CAROSI, MARÍA EMILIA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere Luis F. Lozano, y en sentido concordante véanse los votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Los argumentos desplegados por la recurrente para intentar sostener sus agravios no alcanzan a exponer cuestión constitucional alguna, sino tan sólo una discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración que dicho tribunal hizo de los hechos relevantes del caso, las constancias probatorias obrantes en autos y los preceptos infraconstitucionales tenidos en cuenta para resolver la pretensión indemnizatoria que es objeto de la litis. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Más allá del acierto o error del razonamiento efectuado por los jueces de la causa para decidir como lo hicieron, los argumentos esgrimidos en el recurso interpuesto no resultan hábiles para acreditar la arbitrariedad de la decisión objetada, sino que sólo trasuntan su discrepancia con ella, y la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, sea arbitraria. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 7010/10 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Emilia Vaccaro de Carosi, en representación de sus hijos menores de edad: M. M., E. M. y M. M. C., demandó (fs. 45/48) a la MCBA por los daños ocasionados como consecuencia del estacionamiento habitual de camiones de hacienda en la vereda y en la acera contigua a la propiedad de los menores.

Alegó la imposibilidad de venta del inmueble, su desvalorización y numerosos padecimientos morales.

El capital total reclamado es de pesos cuatrocientos mil ($ 400.000), más actualizaciones e intereses, monto que se integra del siguiente modo: pesos doscientos mil ($ 200.000) por desvalorización de la propiedad y pesos doscientos mil ($ 200.000) por daño moral.

2. El GCBA solicitó el rechazo de la acción deducida, opuso excepción de falta de legitimación pasiva y, en subsidio, requirió la citación a juicio de la Policía Federal Argentina (PFA) en calidad de tercero (fs. 49/54).

3. La PFA tomó intervención en autos (según resulta de las constancias agregadas al expte. n° 7010).

4. El juez de primera instancia admitió parcialmente la demanda y condenó al GCBA y a la PFA, en forma solidaria, a abonar a la actora una indemnización por daño moral que estimó en la suma de pesos treinta mil ($ 30.000) más intereses calculados de acuerdo a lo expresado en el considerando IX de la sentencia (fs. 1/4).

El magistrado atribuyó responsabilidad al GCBA por el trazado de las rutas de acceso al Mercado de Hacienda de Liniers y a la PFA por "…ignorar la sistemática infracción a las disposiciones sobre tránsito y estacionamiento de vehículos que transportan ganado en pie, que se llevaba a cabo durante varios días de la semana frente al domicilio…" de la accionante.

Por su parte, el reclamo patrimonial fue rechazado por el juez de grado quien consideró que habían cesado las circunstancias fácticas expuestas en la demanda, que —en consecuencia— la propiedad recuperó su cotización de mercado y, finalmente, que no fue acreditada la frustración de la venta del inmueble.

Las costas fueron impuestas en el orden causado.

5. La sentencia de primera instancia fue apelada por la Sra. Vaccaro de Carosi, el GCBA y la PFA (conforme surge del relato efectuado en la sentencia de Cámara agregada al expte. n° 7010).

Los agravios de la actora (fs. 6/12) versaron sobre el rechazo del daño patrimonial, el monto del resarcimiento estipulado por el daño moral, la tasa de interés aplicable y la distribución de las costas.

La expresión de agravios de la accionante fue contestada por el GCBA (fs. 55/60).

6. La Sala II de la Cámara CAyT confirmó parcialmente la decisión recurrida.

Condenó, con exclusividad, a la PFA a abonar la suma de pesos treinta mil ($ 30.000) en concepto de daño moral, en los términos expuestos en los aparts. 17

y 18 de la sentencia (resolución de fs. 14/22), en los que se refirió a la forma de pago de la condena y a la tasa de interés aplicable.

La Cámara sostuvo la responsabilidad de la PFA por omisiones en el deber de control de tránsito y, a raíz del estacionamiento indebido de camiones de hacienda sobre la Avenida Dellepiane por más de catorce años.

Por otra parte, estableció la ausencia de responsabilidad del GCBA pues "…durante la época en la cual se produjeron los supuestos daños, no estaba permitido el tránsito de camiones transportadores de ganado por la mencionada arteria [Avenida Dellepiane, según surge del análisis normativo efectuado en la sentencia], como así tampoco su estacionamiento (conforme (…) [el] dec. 3945/56)" (fs. 18).

La Sala II aclaró que tampoco sería posible responsabilizar al GCBA por su actuar lícito, en el supuesto en el que se admitiera —como lo hizo el juez de primera instancia— que los camiones de hacienda podían circular por la Avenida Dellepiane, con apoyo en lo dispuesto en el art. 2º de la ordenanza 34.856.

Asimismo, consideró inviable, por orfandad probatoria, el agravio de la recurrente que gira en torno a la desvalorización del inmueble y a la frustración de su venta.

Las costas fueron impuestas a la PFA, con excepción de las generadas por el GCBA que se pusieron a cargo de la actora (arts. 62 y 65 de CCAyT).

7. La señora Vaccaro de Carosi interpuso recurso de inconstitucionalidad que fundó en la doctrina de la arbitrariedad y en la afectación de los derechos y principios que a continuación se enuncian: igualdad, propiedad, defensa en juicio, razonabilidad, ambiente sano y la promoción del desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales (fs. 23/30).

El escrito de fs. 23/30 fue contestado por el GCBA (fs. 61/68 vta.).

8. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 32/34) en el entendimiento de que la recurrente se limitó a invocar genéricamente disposiciones constitucionales que no guardan relación directa con lo resuelto, no impugnó el "contexto fáctico y jurídico" en el que se apoya la sentencia objetada y no logró acreditar la arbitrariedad que alega.

Las costas fueron impuestas a la vencida.

9. La actora recurrió en queja (fs. 35/41).

10. El fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso directo (fs. 75/76 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja, deducida oportunamente por María Emilia Vaccaro de Carosi (fs. 35/41 vta.), debe ser rechazada dado que no rebate la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (art. 33 de la ley 402).

2. Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo no se verifica en la causa.

3. La presentación directa no contiene ningún acápite dirigido a impugnar el auto denegatorio.

Es relevante destacar que, a criterio de la impugnante, la resolución denegatoria se encuentra fundada, conforme lo expresara a fs. 38. Si así fuera, esta afirmación basta para rechazar la queja.

Ahora bien, a partir de la manifestación aludida, la quejosa agregó que la fundamentación de la Cámara no era adecuada (fs. 38) y, en este punto no articula argumentos ni razones que sustenten su manifestación.

4. Por ello, voto por rechazar la queja que interpusiera María Emilia Vaccaro de Carosi (fs. 35/41).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Como acertadamente destaca la Dra. Ruiz, la recurrente no rebatió adecuadamente los argumentos en que se fundó el *a quo* para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de un genuino caso constitucional, y de arbitrariedad en la sentencia atacada.

En sus recursos de inconstitucionalidad y queja, la actora se agravia por la eximición de responsabilidad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el rechazo de la indemnización pretendida por la desvalorización de la propiedad. Para fundamentar sus planteos, la actora invoca distintas normas locales (ordenanzas, leyes, decretos y resoluciones) que —según su criterio— demostrarían la responsabilidad del Estado porteño, y alude a elementos probatorios obrantes en la causa (pericia, testimonios) que acreditarían la existencia de un daño cierto consistente en la disminución del valor de venta del inmueble.

Como podemos apreciar, el planteo remite al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenas por principio al ámbito de la presente vía recursiva de carácter extraordinario. Por otra parte, la forma en que fueron tratadas y resueltas por el *a quo* no puede calificarse como "arbitraria", ya que la sentencia definitiva de la Cámara, más allá de su acierto o error, no presenta defectos groseros que la descalifiquen en cuanto acto jurisdiccional.

En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja planteada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En primer término debe señalarse que la presentación directa deducida, tal como lo afirman mis colegas en sus votos precedentes, no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— 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.), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional e inexistencia de arbitrariedad—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (doctrina de *Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En suma, el remedio intentado carece de la necesaria crítica de los ejes argumentales que dieron sustento a la decisión denegatoria del *a quo*.

2. Sin perjuicio de tener en cuenta que la queja incoada en el presente caso reedita —en buena medida— los agravios esbozados en el recurso de inconstitucionalidad sin criticar de manera acabada las razones por las que se denegó el acceso a esta instancia de revisión excepcional, lo cierto es que, de todos modos, en ninguna de las dos intervenciones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

Los argumentos desplegados por la recurrente para intentar sostener sus agravios no alcanzan a exponer cuestión constitucional alguna, sino tan sólo una discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración que dicho tribunal hizo de los hechos relevantes del caso, las constancias probatorias obrantes en autos y los preceptos infraconstitucionales tenidos en cuenta para resolver la pretensión indemnizatoria que es objeto de la litis —normas vinculadas a la regulación del ingreso y la circulación de vehículos de transporte pesado en general y de ganado en particular en el ejido de la Ciudad y al establecimiento y control de reglas generales de estacionamiento en sus arterias (ordenanzas 19.746 y 34.856, dec. 3945/56, leyes 16.979, 2148 y 634 y resol. 1464/03)—. Todas estas cuestiones, por regla, resultan ajenas al ámbito de la vía recursiva intentada (art. 27, ley 402).

Tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, la actora afirma de modo genérico la violación de derechos y garantías de raigambre constitucional —debido proceso, propiedad, igualdad—, sin establecer la adecuada correspondencia entre las afectaciones que se denuncian y el contenido específico de la sentencia recurrida, ni rebatir concretamente sobre esa base cada uno de los fundamentos del decisorio impugnado.

Al respecto, cabe recordar que la referencia ritual de 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. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Finalmente, más allá del acierto o error del razonamiento efectuado por los jueces de la causa para decidir cómo lo hicieron, entiendo que los argumentos

esgrimidos en el recurso interpuesto tampoco resultan hábiles para acreditar la *arbitrariedad* de la decisión objetada, sino que sólo trasuntan su discrepancia con ella. Y como se ha sostenido de manera reiterada, 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. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo propiciado por el señor fiscal general adjunto, corresponde desestimar la queja interpuesta por la Sra. María Emilia Vaccaro de Carosi a fs. 35/41 vta.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por María Emilia Vaccaro de Carosi.

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

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

CLXXXIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TOLEDO, CRISTIAN MAXIMILIANO S/INFR. ART(S). 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL —C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado ya que la defensa no demuestra la relación directa que existiría entre los derechos al recurso y de defensa que invoca

y lo resuelto por la Cámara de Apelaciones con relación al agravio dirigido a controvertir la realización de la audiencia de debate mientras se encontraba pendiente de decisión una queja ante este Tribunal mediante la cual se pretendía lograr que se revisase la denegatoria a que se suspenda el juicio a prueba. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La parte recurrente no logra acreditar la existencia de una cuestión constitucional con relación a su planteo dirigido a controvertir la decisión de los jueces de grado de no aplicar la figura atenuada prevista en el inc. 2º, párr. 6º, del art. 189 bis del C.P., ya que esa decisión encontró apoyo en la valoración de cuestiones de hecho e interpretación del derecho común, todas ellas ajenas, por regla, a la competencia revisora de este Tribunal por la vía del recurso intentado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El cuestionamiento de la defensa no resulta suficiente para configurar una cuestión constitucional puesto que no se advierte vinculación entre las normas constitucionales y la jurisprudencia relativa al derecho al recurso invocadas por ella y lo decidido por los jueces de la causa, máxime cuando al momento de realizarse el planteo solicitando la suspensión del debate la decisión de primera instancia que no hizo lugar a la solicitud de suspensión del proceso a prueba había sido ya confirmada por otros jueces de mérito tras un recurso de apelación de la defensa y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al respecto había sido declarado inadmisible. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF n° 7058/10 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa oficial del Sr. Cristian Maximiliano Toledo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara que, al confirmar la sentencia de primera instancia, condenó a su asistido a la pena de un año de prisión, sin costas, por resultar penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (conf. los arts. 23, 40, 41, 45 y 189 bis, inc. 2º, párr. 3º, del C.P. —según ley 25.886— y los arts. 210, 231, 248, 251, 266 y 343 del CPP), y ordenó el comiso del arma oportunamente secuestrada —para que luego sea remitida, para su destrucción, al Registro Nacional de Armas— (fs. 23/26).

2. La Cámara, para resolver en la forma indicada, rechazó, primeramente, el argumento de la defensa según el cual no podría haberse celebrado la audiencia de debate encontrándose pendiente de resolución de este Tribunal la queja contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que interpuso contra la sentencia de Cámara que no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada. Señaló

que, a diferencia de lo que sostiene la defensa, no impide al progreso del proceso el hecho de que esté en trámite ante el Tribunal esa queja porque el art. 33 de la ley 402 prevé, expresamente, que "…mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso…" (fs. 24 vta.).

Luego de ello, descartó los planteos tendentes a controvertir la interpretación que hizo la jueza de grado del art. 189 bis del C.P. En particular, señaló que la magistrada de grado había dado razones para no aplicar el atenuante que esa norma prevé en su inc. 2º, párr. 6º, de las que la defensa no se había hecho cargo.

3. La defensa sostiene que esa decisión resulta violatoria de la garantía de la doble instancia, porque, según manifiesta, su asistido, a la luz de esa garantía, tiene derecho a que no se le realice el juicio hasta que la CSJN se expida con relación a la queja mediante la cual se pretende llevar a su conocimiento el recurso extraordinario dirigido a controvertir la decisión mediante la cual se denegó el pedido de suspensión del juicio a prueba. Manifiesta, a su vez, que la condena impuesta importó: *i)* desconocer el derecho a acceder a la suspensión del juicio a prueba; y *ii)* un apartamiento de la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Acosta" (*Fallos,* 331:858).

Se agravia, asimismo, de la interpretación que hicieron los jueces de mérito del art. 189 bis. Manifiesta que el hecho de que no se lo haya condenado a su asistido en base a la figura atenuada que prevé esa norma cuando "…por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos" viola el principio de inocencia y legalidad y la garantía del *non bis in idem*.

4. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad porque, a su juicio, en él, la defensa se limitó a reiterar sus planteos "…atinentes a la nulidad de la realización de la audiencia y la errónea interpretación del art. 189 bis del C.P…" (fs. 45/47).

5. Contra esa decisión, la defensa interpuso la presente queja (fs. 52/62).

6. El fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo de la queja. Fundó ello en el hecho de que, a su juicio, la parte recurrente no había acreditado la existencia de una cuestión constitucional (fs. 66/67 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja debe ser rechazada porque la defensa no logra exponer ni una cuestión constitucional, ni una federal (conf. la doctrina de *Fallos,* 311:2478).

2. La defensa no muestra la relación directa que existiría entre los derechos al recurso y de defensa que invoca y lo resuelto por el *a quo* con relación al agravio dirigido a controvertir la realización de la audiencia de debate mientras se encontraba pendiente de decisión una queja ante este Tribunal mediante la cual se pretendía lograr que se revisase la denegatoria a que se suspenda el juicio a prueba. Ello así,

toda vez que la decisión del *a quo* encontró apoyo en normas procesales, el art. 33 de la ley 402, cuya constitucionalidad no ha sido controvertida (véase punto 2 de los "Resulta").

La falta de relación directa señalada no se ve conmovida por la circunstancia de que la defensa afirme, en esta oportunidad, que con relación a la mencionada denegatoria ha interpuesto ante este Tribunal un recurso extraordinario (el que fue denegado por el Tribunal el día 5/2/2010) cuya denegatoria podría dar lugar a "una hipotética queja" ante la CSJN (fs. 55 vta.), puesto que ello no modifica el hecho de que la sentencia de Cámara haya encontrado sustento en la interpretación de normas procesales.

2.1. Igual suerte debe seguir el agravio de la parte recurrente según el cual los jueces de mérito se habrían apartado de la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Acosta" (fallo citado en el punto 3 de los "Resulta"). Ello, en tanto la defensa no se hace cargo de la diferencias que guarda esta causa con el precedente que cita de la Corte; diferencias que destaqué en mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Toledo, Cristian Maximiliano s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil —C.P.—'", expte. n° 6534/09, sentencia del 28/10/2009, al que me remito en lo que acá importa.

3. Finalmente, la parte recurrente tampoco logra acreditar la existencia de una cuestión constitucional con relación a su planteo dirigido a controvertir la decisión de los jueces de grado de no aplicar la figura atenuada prevista en el inc. 2º, párr. 6º, del art. 189 bis del C.P. Ello así, toda vez que esa decisión encontró apoyo en la valoración de cuestiones de hecho e interpretación del derecho común, el Código Penal; cuestiones todas ellas ajenas, por regla, a la competencia revisora de este Tribunal por la vía del recurso acá intentado; regla a la que la defensa no muestra que corresponda hacer excepción en el *sub lite*.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 52/62.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con la solución propuesta y con los fundamentos contenidos en el voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano. Según lo explica el recurrente, al sintetizar los antecedentes de la causa, durante la audiencia de juicio —luego de que se rechazara la suspensión del juicio a prueba que fue confirmada, primero por la Cámara, y que este Tribunal tuvo oportunidad de conocer (en el expte. nº 6534, sentencia del 28/10/2009)— el señor Toledo resultó condenado "en el marco de un procedimiento llevado a cabo en los términos del art. 231 CPP CABA" (fs. 53), a una pena de efectivo cumplimiento, es decir, reconoció voluntariamente la materialidad del hecho imputado por la Fiscalía y su responsabilidad, consintiendo, al margen de su acierto o error, que se omitiera la producción de prueba que avalara aquella conclusión. Ahora bien, la presente queja fue interpuesta —siguiendo la vía recursiva contra la condena, principalmente porque su defensa entendió que no

se debió sustanciar el debate hasta que la decisión referida a la *probation* estuviera firme y porque, en su opinión, la conducta del señor Toledo estaría alcanzada por una circunstancia atenuante que los jueces de mérito habrían desechado— cuando este Tribunal tenía para resolver la admisibilidad de un recurso extraordinario federal.

En palabras del señor defensor general "la situación es la siguiente, se recurre aquí una sentencia condenatoria —en la cual se ha aplicado una pena de cumplimiento efectivo al imputado— a pesar de encontrarse pendiente de resolución la posibilidad de acceder a la suspensión del proceso a prueba por parte del imputado, cuya denegatoria en el ámbito local, se encuentra pendiente de tratamiento ante la CSJN, ya sea por eventual concesión del recurso extraordinario federal o bien por una hipotética queja ante su posible rechazo" (fs. 55 y vta.). Sin embargo, el recurso extraordinario federal, al que hace mención en último término, fue denegado por este Tribunal el día 5/2/2010 y de la compulsa de la página de la CSJN no surge que dicha decisión haya sido insistida mediante un recurso directo; interposición que tampoco fue informada por la defensa. De ser esa la situación entonces, la "posibilidad" de acceder al beneficio denegado por las instancias locales o la hipótesis a la que se anticipara el recurrente carece de asidero y, en virtud de su propio razonamiento, la "denegatoria" habría quedado firme.

Igualmente, aun en el supuesto de que la situación no fuera así, cobra relevancia lo expuesto por el señor juez de trámite, pues la sustanciación de la audiencia de juicio —aun cuando hubiera querido ser resistida— se apoya en la interpretación de una norma infraconstitucional (el art. 33, LPTSJ) cuya constitucionalidad no ha sido controvertida, en cuanto dispone que "mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, *no se suspende* el curso del proceso", proceso que al no haber sido suspendido, precisamente, continuó su cauce normal hasta el dictado de la "sentencia definitiva". Resta agregar que, en orden a este punto, este Tribunal ni siquiera ha considerado una solicitud relacionada con la suspensión —de hecho— que en el caso se pretendió valer hacer ante las instancias inferiores para que este proceso no avanzara. Tampoco es posible olvidar que "la elección de esa determinada estrategia procesal, como ciertamente lo habría sido el reconocimiento liso y llano (…) acerca de su responsabilidad (…), [de alguna manera] importó un abandono implícito de la vía anteriormente iniciada" ("Manfredi", sentencia del 8/10/2008). Ello priva de sustento, en el caso, a la invocación del derecho al recurso y de defensa en juicio pues, aun cuando se interprete que la denegatoria de una *probation* resultaba una resolución importante del proceso y como tal era pasible de una "doble conformidad", aquella decisión habría sido tomada y confirmada por las (dos) instancias judiciales de mérito establecidas, por regla, para ello.

El agravio vinculado con la errónea interpretación del art. 189 bis, C.P., en rigor, remite a la consideración de cuestiones ajenas a la competencia de este Tribunal —concretamente a la determinación de hecho y prueba acerca de la posible ausencia, por parte del imputado, de la "intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos"— y además la forma como ha concluido el juicio, mediante el mecanismo de "omisión de pruebas" (art. 231, CPP local), frente al reconocimien-

to de la materialidad del hecho en los términos en los que le fue atribuido por la Fiscalía, impide dicha consideración *en abstracto*. En todo caso, pareciera que el imputado debió probar ese extremo y no sólo alegarlo. Si ello no fuera suficiente, cabe traer a colación lo sostenido por el *a quo* en orden a que esa afirmación resulta poco seria y no es más que una mera discrepancia, en tanto "del acta de audiencia se desprende que Toledo fue detenido luego de que un vecino diera cuenta (…) que el nombrado 'se encontraba realizando disparos de arma' (…) y que éste intentó darse a la fuga ante la presencia policial" (fs. 25 vta.).

Por lo expuesto, voto por *rechazar* la queja interpuesta.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propone el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, la queja interpuesta a fs. 52/62 debe ser rechazada.

2. La defensa argumenta en su recurso de hecho que la celebración de la audiencia de juicio —y la consecuente condena impuesta al señor Toledo— encontrándose pendiente de resolución la solicitud de suspensión del proceso a prueba, ha tornado ilusorio el derecho de defensa en juicio y al recurso (arts. 18, 75, inc. 22, C.N.; 10 y 13, CCBA; 8.2 h, CADH y 14.5, PIDCyP).

Por su parte, los jueces de mérito consideraron que la pretensión de suspender la audiencia de juicio (y su anulación) debió ser encausada a través de las previsiones del art. 33 de la ley 402, pues el pedido tenía base en la existencia de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en trámite, en aquel momento, por ante este Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

El cuestionamiento de la defensa no resulta suficiente para configurar una cuestión constitucional en el caso. No se advierte vinculación entre las normas constitucionales y la jurisprudencia relativa al derecho al recurso invocadas por la defensa y lo decidido por los jueces de la causa, máxime cuando al momento de realizarse el planteo solicitando la suspensión del debate la decisión de primera instancia que no hizo lugar a la solicitud de suspensión del proceso a prueba había sido ya confirmada por otros jueces de mérito tras un recurso de apelación de la defensa y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al respecto había sido declarado inadmisible.

Por otra parte, la argumentación que sustenta la decisión de los jueces de mérito no ha sido correctamente cuestionada por la defensa. La mera afirmación de que no correspondía aplicar al caso el art. 33 de la ley 402, con cita parcializada de la opinión minoritaria vertida en otros supuestos por uno de los jueces de este Tribunal resulta manifiestamente insuficiente para demostrar que la decisión cuestionada, basada en normas de derecho procesal local cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada, no constituya una derivación razonada del derecho.

Finalmente, el planteo parece haber perdido significancia actual pues no se ha invocado —ni mucho menos probado— que, frente a la decisión de este Tribunal que denegó el recurso extraordinario federal vinculado con el pedido de suspensión

del proceso a prueba, la defensa del señor Toledo haya articulado un recurso de hecho ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. En lo demás, adhiero al punto 2.1 y 3 del voto del señor juez de trámite, y a las consideraciones concordantemente expuestas en el último párrafo del voto de la doctora Ana María Conde, a cuyos fundamentos me remito en homenaje a la brevedad.

4. El depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo párrafo, ley 402) no es exigible en razón de que el recurrente ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 52/62 fue interpuesta oportunamente por la defensa (art. 33, ley 402), sin embargo no puede prosperar. La presentación carece de una crítica adecuada y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. Las tibias afirmaciones volcadas en el escrito de la recurrente, que en su mayoría reproducen las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, no alcanzan a poner en crisis las razones por las que la Cámara *a quo* denegó dicho recurso (conf. fs. 45 vta./47).

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis causa 665-CC-00'", expte. nº 865/01, resolución del 9/4/2001). En el caso, la defensa no satisface esa condición, lo que determina el rechazo de la presentación directa.

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 y "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.

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 52/62.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CXC

"MARCHETTA, FERNANDO ARIEL S/INFR. ART(S). 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES, CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia equiparable a definitiva. Invocación genérica de derechos y garantías constitucionales. Política criminal. Principio de legalidad. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad estuvo mal concedido ya que no es posible equiparar la decisión de la Cámara de Apelaciones a una sentencia definitiva puesto que el recurrente no ha logrado conectar el fallo impugnado con las garantías que invoca como requeridas de tutela inmediata, lo cual impide advertir en qué consistiría el perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior invocado frente a una resolución que, al confirmar la sentencia de primera instancia que había rechazado la suspensión del proceso a prueba en razón de considerar razonable el fundamento brindado por el representante del Ministerio Público Fiscal para oponerse a la concesión del beneficio, no puso fin al proceso ni imposibilitó que aquél continuase según procede con cualquier proceso contravencional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Aunque el recurrente invoca la lesión de diversas cláusulas constitucionales, sus agravios se limitan a expresar la discrepancia con el modo en que los jueces ejercieron el control de las condiciones para que proceda la suspensión del proceso a prueba (art. 45, CC), sin demostrar que lo actuado ponga en juego las garantías invocadas, con lo cual el recurso de inconstitucionalidad no puede prosperar. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. El recurso de inconstitucionalidad debe ser acogido favorablemente y la sentencia debe ser revocada, en tanto la decisión adoptada por los jueces intervinientes afecta el principio de legalidad y máxima taxatividad penal, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva al imputado de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45, CC), ya que, como sucede con la negativa del fiscal interviniente, para denegar la suspensión del juicio se limitan a remitirse a

razones de política criminal, que no pueden sustituir ni alterar la ley aplicable. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. En un Estado de derecho la facultad de modificar la ley penal, introduciendo por ejemplo, diferencias entre tipos de contravenciones, es competencia exclusiva e indelegable del Poder Legislativo, no así de los integrantes del Poder Judicial, por lo tanto debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 7092/10 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 20 rechazó la solicitud de suspensión del proceso a prueba efectuada por la defensa (fs. 15/16). Esa decisión fue apelada por el acusado (fs. 17/20). La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por mayoría, confirmó la decisión mencionada (fs. 35/41) y, en consecuencia, el señor defensor general adjunto interpuso el recurso de inconstitucionalidad que está agregado a fs. 52/76.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión atacada resulta equiparable a una sentencia definitiva porque impide inválidamente al imputado acceder a una vía alternativa al juicio prevista en la ley (fs. 57 vta.). Asimismo, señaló, como motivos de agravio, que la resolución de la Cámara —que calificó como arbitraria— violaba los principios de legalidad, acusatorio, de igualdad ante la ley, republicano de gobierno y de razonabilidad, como así también su derecho de defensa y la garantía de debido proceso. Resumidamente, la defensa cuestiona que se haya denegado —sobre la base de una oposición fiscal que consideró infundada— un derecho que la ley concede al imputado. Cuestiona, además, que la invocación de un criterio general de actuación de la Fiscalía General (resol. FG 69/08) implique, en el caso, la modificación del art. 45, CC, en cuanto quedaría vedada la posibilidad de conceder la suspensión sólo por el tipo contravencional en el que fue encuadrada la conducta que supuestamente habría cometido el Sr. Marchetta.

3. La Sala III declaró admisible el recurso. Al fundar la resolución, los camaristas indicaron que la decisión resulta equiparable a una sentencia definitiva y que, asimismo, la defensa puso en cuestión la interpretación dada al art. 45 frente a los principios constitucionales invocados (fs. 82/88).

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 92/97), propició el rechazo del recurso de inconstitucionalidad debido a que no se vinculaba a una sentencia definitiva —ni auto equiparable a tal—, ni presentaba un caso de competencia del Tribunal.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, desde el punto de vista formal, fue interpuesto conforme lo dispuesto en la ley 402. Sin embargo, ha sido mal concedido por la Cámara porque no ataca una decisión equiparable a una sentencia definitiva.

2. Este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402 ("Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. n° 3338/4, resolución del 1º/12/2004, entre otros).

A diferencia de lo apuntado por los distinguidos integrantes de la Sala III, en autos no es posible equiparar su decisión anterior a una definitiva puesto que el recurrente no ha logrado conectar el fallo impugnado con las garantías que invoca como requeridas de tutela inmediata. Dicha circunstancia impide advertir en qué consistiría el perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior invocado frente a una resolución que, al confirmar la sentencia de primera instancia que había rechazado la suspensión del proceso a prueba en razón de considerar razonable el fundamento brindado por el representante del Ministerio Público Fiscal para oponerse a la concesión del beneficio, no puso fin al proceso ni imposibilitó que aquél continuase según procede con cualquier proceso contravencional. En otras palabras, no hay motivo alguno que justifique una intervención anticipada del Tribunal.

Más allá de los esfuerzos del recurrente por demostrar que resulta aplicable la doctrina surgida de algunos precedentes de la CSJN (entre otros, *Fallos*, 331:858, 329:4770, 331:53 y 320:2451, mencionados en su presentación), lo cierto es que esta causa no resulta análoga a aquéllas, entre otras razones, porque están referidas a otra materia y a otro instituto legal. La consecuencia que proyecta el pronunciamiento impugnado no es otra que la continuación del proceso y la eventualidad de que se lleve a cabo un juicio oral y público, que es una de las formas normales de culminación de todo proceso contravencional (conf. "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucía, Juan Pedro s/infr. art. 111, conducir en estado

de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6292/08, resolución del 18/5/2009; "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Castell, Marcial Osvaldo s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6291/08, resolución del 27/5/2009; y "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alemán, Carlos Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6470/09, resolución del 20/10/2009).

3. Lo afirmado precedentemente resulta suficiente para declarar mal concedido el recurso en análisis. Sin embargo, cabe agregar que aunque el recurrente invoca la lesión de diversas cláusulas constitucionales (véase punto 2 del "resulta"), sus agravios se limitan a expresar la discrepancia con el modo en que los jueces ejercieron el control de las condiciones para que proceda la suspensión del proceso a prueba (art. 45, CC), sin demostrar que lo actuado ponga en juego las garantías invocadas.

Por lo demás, cabe resaltar que la decisión recurrida se basa en una interpretación completamente plausible de la ley contravencional aplicable al caso (art. 45, CC).

4. En consecuencia, sólo resta declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que está agregado a fs. 52/76.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 52/76 fue correctamente concedido por la Cámara.

2. El imputado solicitó la suspensión del proceso a prueba. Frente a dicho pedido, la Fiscalía se opuso "atendiendo a razones de política criminal y a la gravedad del hecho objeto de acusación" (fs. 7). Al contestar la vista, el señor defensor señaló que "el art. 45 del CC no ha fijado requisito alguno para acceder a la suspensión del proceso a prueba en una causa contravencional, salvo el que se relaciona con la posible existencia de antecedentes condenatorios" (fs. 9). La señora jueza de primera instancia rechazó el beneficio, decisión que fue confirmada en segunda

instancia. Los integrantes se la Sala III compartieron la posición de la Fiscalía que, en mi opinión, es constitucionalmente inválida.

El art. 45 del CC fija taxativamente y para cualquier contravención, las condiciones de procedencia del instituto de la suspensión de juicio a prueba. Esos requisitos son la inexistencia de condenas contravencionales en los dos años anteriores al hecho que originó el proceso, el compromiso del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que necesariamente deberían ser decomisados en caso de condena y el cumplimiento de ciertas reglas de conducta.

Como se ve, el Código Contravencional —a diferencia del C.P.— no establece ninguna excepción a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba basada en el tipo de contravención que se investiga.

La decisión adoptada por los jueces intervinientes respecto del imputado, afecta en consecuencia, el principio de legalidad y máxima taxatividad penal, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva al Sr. Marchetta de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45, CC). En otros términos, como sucede con la negativa del fiscal interviniente, para denegar la suspensión del juicio los jueces se limitan a remitirse a razones de política criminal, que no pueden sustituir ni alterar la ley aplicable.

En un Estado de derecho la facultad de modificar la ley penal, introduciendo por ejemplo, diferencias entre tipos de contravenciones, es competencia exclusiva e indelegable del Poder Legislativo.

3. En consecuencia, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia recurrida y remitir las actuaciones a la Cámara Contravencional y de Faltas a fin de que otros jueces dicten nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí decidido.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad que está agregado a fs. 52/76.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CXCI

"BARA, SAKHO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MBAYE, IBRAHIMA S/INF. ARTS. DE LA LEY 23.098 *(HABEAS CORPUS)*'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Valoración de la prueba. DEBIDO PROCESO: Derecho de defensa. *HABEAS CORPUS*: Legitimación. Libertad ambulatoria. Derechos de incidencia colectiva. VENTA AMBULANTE EN LA VÍA PÚBLICA SIN AUTORIZACIÓN: Venta de mera subsistencia. Competencia desleal. REGÍMENES DE CONTRAVENCIONES Y DE FALTAS: Tipificación de la conducta. Excusa absolutoria. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL: Observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas. Comunidad senegalesa. TRATO DISCRIMINATORIO: Racismo. PERFIL RACIAL: Concepto. AGENTES PREVENTORES: Medidas precautorias. IDIOMA EXTRANJERO: Dialecto. Intérprete. Ausencia de traductor oficial. PRINCIPIO DE IGUALDAD: Igualdad de oportunidades y de trato. PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA INDIVIDUAL: Concepto. Control judicial.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser admitido, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender plantea agravios relacionados en forma directa con la inteligencia de cláusulas constitucionales (arts. 16, 18 y 43 de la C.N. y 15, 14, 13 incs. 4º, 5º y 11 y 12 inc. 6º de la CCBA), y los actores se agravian de la forma en que el *a quo* resolvió sus planteos vinculados con el derecho a la libertad ambulatoria (art. 9.1, PIDCP) y el derecho de defensa (arts. 18 de la C.N., 8º y 25, CADH y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial) porque los procedimientos policiales denotan una actitud de discriminación racial tanto hacia ellos como hacia todos los miembros del colectivo cuya representación han solicitado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

2. La CCBA y la ley nacional 23.098 establecen que en los procesos de *habeas corpus*, no resulta exigible el recaudo de legitimación, y que "cualquier persona" puede instar la acción a favor del afectado, con fundamento en que el objeto de ese tipo de procesos es la protección de la libertad ambulatoria de quienes por encontrarse privados de ella no pueden acudir a los tribunales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Si bien en la especie no se presenta una situación vinculada con el *habeas corpus*, concurren otras razones que determinan la posibilidad de que los actores insten el accionar de los jueces con el alcance grupal que solicitan, pues el *nomen juris* no puede sellar la suerte de las pretensiones de los actores, sobre todo cuando

la contraparte no ha alegado que ello haya afectado su derecho de defensa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La CCBA estructura ciertos derechos como de incidencia colectiva y, entre ellos, otorga legitimación a todos los habitantes para instar acciones "contra alguna forma de discriminación" (art. 14, segundo párrafo, de la CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. No puede asumirse que los agentes de la Policía Federal realizarán acciones discriminatorias o detenciones fuera del marco legalmente previsto para ello, pues de presentarse esa situación, los legitimados podrán cuestionar ese accionar mediante el cauce que corresponda, situación sustancialmente diferente con relación a la afectación del derecho de defensa por ausencia de intérpretes capaces de hacer comprender sus derechos a quienes deben padecer la actividad de los agentes de la Policía, pues no se está buscando prevenir un tipo de conducta ilícita sino un defecto de comunicación cuyo impacto en la defensa, y, en verdad, en la persona misma del afectado, está inescindiblemente unida a ese defecto de comunicación, con independencia del carácter ilícito que puede concurrir en ciertos casos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Si bien la Cámara entendió que no había sido acreditada la existencia de un comportamiento discriminatorio por parte de la Policía Federal, los extremos que entendió probados resultan suficientes para tener por configurado un supuesto en el que sí puede entenderse que la prohibición de venta en la vía pública, medio de subsistencia de los actores y el colectivo que representan, repercute en forma diferencial sobre quienes participan de este colectivo respecto de quienes no forman parte de él. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Cabe tener presente que la voluntad legislativa ha sido no castigar al necesitado, tutelar la vía pública como bien colectivo y evitar una competencia desleal convirtiendo al uso de la vía pública en un privilegio inaceptable. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El art. 10 del Código de Faltas establece que, cuando un mismo hecho se encuentra encuadrado como falta y contravención, esa doble calificación no exime de la sanción por falta a quienes no encuentre alcanzados por la figura contravencional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El régimen contravencional conlleva, como principio, un sistema sancionador con penas más gravosas y, por ello, median en él también mayores garantías para los imputados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El juego que el art. 10 del Código de Faltas realiza entre los regímenes contravencional y de faltas determina la inteligencia del último párrafo del art. 83 del CC, de modo que si tomáramos esas previsiones como causales de justificación o supuestos de atipicidad de la conducta, estaríamos frente a la posibilidad de que ese accionar fuera sancionado por el art. 4.1.2 del Código de Faltas, por tratarse de ventas sin autorización en el espacio público; en cambio, si fuera entendido como una excusa absolutoria, se trataría de un supuesto en que el legislador decidió no castigar, sin perjuicio de que la conducta configurase una contravención, por lo que al ser calificada de esa forma, la conducta quedaría exenta de la sanción impuesta

por el régimen de faltas (por tratarse de una contravención) y, por otro lado, no sería castigada como contravención, a pesar de serlo, esto es, de tratarse de una reprochable. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. El legislador pretendió incorporar al régimen una excusa absolutoria que, en tanto causal de exclusión de la pena no supone eliminación de la antijuridicidad, tampoco de la culpabilidad, sino que sobre la base de la concurrencia de ciertos elementos objetivos excluye la sanción de una conducta cuya ilicitud permanece intacta. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La virtualidad que la ley otorga a la inexistencia de competencia desleal con los comercios supone eximir de la sanción en la medida en que lo que permanece afectado no es ya interés de un particular —el comerciante— sino el de la sociedad en el uso del espacio público, interpretación que, a diferencia de la que ve en el último párrafo del art. 83 del CC una causal de exclusión de la antijuridicidad, mantiene el castigo para quien esté, eventualmente, detrás de quien vende para su subsistencia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La tacha de irrazonable que el recurrente dirige al régimen de los Códigos de Faltas y de Habilitaciones y Verificaciones debe ser descartada por carecer de los fundamentos mínimos para configurar un agravio que habilite la intervención de este Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Tanto la policía como el resto de los órganos estatales dotados de competencias a esos fines deberán requerir a quienes realicen actividades la exhibición de los permisos necesarios y en caso de que no cuenten con ellos ordenar que cese la actividad, pero si la conducta encuadra dentro de lo previsto en el último párrafo del art. 83 del CC, deberán abstenerse de tomar las medidas precautorias contempladas en el 18 y ss. de la LPC (ley 12), tanto sobre las cosas como las personas en cuestión, y cuando no tengan certeza, pero existan señales claras de que una conducta captada por el art. 83 podría ser de aquellas no punibles con arreglo a su último párrafo, deberán observar, en el ejercicio de las competencias que les acuerda la ley, el máximo esfuerzo para evitar medidas compulsivas que luego se muestren inconducentes por decisión del Ministerio Público Fiscal de no ejercer la acción respectiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. El agravio relativo a la afectación del derecho de defensa por ausencia de un intérprete capaz de hacer conocer sus derechos desde el primer momento que el presunto contraventor toma contacto con los agentes estatales debe ser atendido, si bien es imposible que cada procedimiento cuente con intérpretes de todas las lenguas de posibles involucrados, situación que se complica aún más en casos como los de los actores, cuya lengua natal es un dialecto prácticamente desconocido en nuestro país, del que no existen traductores oficiales, y que provienen de un país que no posee representación consular en la Argentina. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. Es necesario que el Estado extreme las medidas para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los presuntos contraventores y también evitar que los padecimientos que implica a una persona estar sometido a un procedimiento contravencional se intensifiquen sobre un grupo de personas que poseen muchas razones para sentirse más violentados o temerosos, por su condición de

inmigrantes y por las dificultades que conlleva el hecho de no tener un dominio pleno del idioma castellano. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

17. Es por ello que para garantizar el más amplio ejercicio del derecho de defensa en condiciones igualitarias, debe ordenarse a la Policía Federal, GCBA y Ministerio Público Fiscal que se dote a los agentes que realicen procedimientos contravencionales de carteles, grabaciones o cualquier otro medio que permitan realizar una comunicación eficiente de sus derechos a los integrantes del colectivo representado por los actores desde el momento en que se establezca el primer contacto con quienes se estime incursos en contravención por realizar venta en la vía pública sin el debido permiso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

18. Debe ordenarse que los agentes preventores que realicen los procedimientos maximicen los esfuerzos para comunicar al fiscal correspondiente con la mayor inmediatez posible en los casos en que se encuentren involucrados los miembros del colectivo al que pertenecen los demandantes —de nacionalidad africana— antes de adoptar medidas precautorias, a fin de que éstas sólo sean consecuencia de la decisión de un magistrado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

19. Con el objetivo de garantizar igualdad de trato y evitar vejaciones innecesarias a los miembros del colectivo que lidien con los agentes estatales, corresponde disponer que los agentes preventores se abstengan de tomar medidas precautorias como las previstas en los arts. 18 y ss. de la LPC cuando existan indicios suficientes de que la conducta del presunto contraventor pueda ser encuadrada en el último párrafo del art. 83 del CC. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. El recurso de queja es procedente dado que los señores camaristas debieron indicar por qué la interpretación que sustentan no afecta los derechos y garantías constitucionales invocados, deficiencia que cobra aún más trascendencia si tomamos en consideración que se trata de una acción de *habeas corpus* que contiene una denuncia de racismo, que los propios magistrados han calificado de "sumamente grave". *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

21. La argumentación de la Cámara para la cual sólo es necesario algo de conocimiento para entender el procedimiento policial es una manifestación de prejuicios coloniales, según los cuales las lenguas de los Estados colonialistas (y por extensión el idioma nacional de un Estado) son parte de la cultura universal —presuponiendo así la obligación de saberlas por parte de aquellos que son colonizados o en su defecto que conforman una minoría lingüística— mientras que las lenguas propias de las culturas que fueron sometidas al orden colonial o que se desconocen por variadas circunstancias son reducidas a un particularismo exótico, sin reconocimiento institucional, implica una concepción que incide directamente en el reconocimiento y la protección de los derechos de ciertos individuos o grupos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. La Cámara ha desconocido las observaciones sobre Argentina realizadas en el año 2004 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, donde exhortó al Estado argentino a que aumente sus esfuerzos para mejorar las condiciones de protección y las salvaguardias en el caso de refu-

giados, en particular, facilitando servicios de interpretación (conf. punto 13). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. Es necesario insistir en que el derecho a ser oído, entendido y de comprender es parte de la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, y que no pueden verse limitados en ningún caso en el que estén en juego derechos humanos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

24. La acción de *habeas corpus* interpuesta involucra una violación de derechos humanos de modo que la carga de desvirtuar tales denuncias la tiene el Estado, ya que es el obligado a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en virtud de los compromisos internacionales asumidos en la materia y, paradójicamente, el presunto perpetrador a través de sus diversos órganos —entre los cuales se encuentran inclusive los Tribunales— de la violación de derechos denunciada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

25. Las afirmaciones tendientes a relativizar la denuncia a partir de la calificación de los casos como "pocos" es una forma de invisibilizar las prácticas cotidianas que a nivel micropolítico —por usar la conocida expresión foucaultiana— sostienen la naturalización de las prácticas racistas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

26. Tiene entidad constitucional el agravio por arbitrariedad de la sentencia, en atención a que la consideración de la prueba tal como se hiciera en este juicio viola las garantías constitucionales de legalidad del proceso, imparcialidad y fundamentación de la decisión judicial, o dicho en otros términos el debido proceso y el derecho de defensa, y desconoce la discriminación racial denunciada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

27. La Recomendación Nº 11 Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia define a la expresión "creación de perfiles raciales" como la utilización de bases tales como la raza, el color, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para el control, la vigilancia o las tareas de investigación que involucren detenciones, revisaciones, controles de identidad, requisas personales entre otros actos (conf. aparts. 1 y 36), y establece que de la misma manera que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación racial indirecta. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

28. La interpretación del art. 83 del CC es una cuestión ajena al objeto de la acción de *habeas corpus*, que no fue materia de decisión del tribunal superior de la causa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

29. La institución policial, los organismos administrativos de prevención y de modo muy particular los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal deben asumir la responsabilidad de erradicar toda práctica que suponga la afectación de derechos y garantías de grupos cuya vulnerabilidad extrema es la consecuencia de la confluencia de múltiples formas de discriminación, como ocurre con quienes denunciaron en esta causa la situación del colectivo de senegaleses residentes en la Ciudad de Buenos Aires. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

30. El camino procesal intentado es idóneo toda vez que los actores interpusieron la acción de *habeas corpus* colectivo preventivo con el objeto de no ser privados de la libertad por los agentes estatales por motivos raciales en el contexto en que se persigue la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 83 del CC. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

31. La cuestión constitucional no está centrada en la interpretación de la ley, sino en la aplicación de ésta confundiéndose así cuestiones de hecho y derecho en el análisis y resolución del caso. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

32. La igualdad ante la ley es un principio básico del Estado social y democrático de derecho, y la Constitución Nacional no sólo consagra el principio de igualdad formal ante la ley (art. 16), sino que establece el mandato de que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75 inc. 23). *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

33. Los tratados internacionales, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.) reconocen en forma categórica el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias, entre ellos la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Argentina por medio de la ley 17.722, instrumento internacional que define qué debe entenderse por "discriminación racial" e impone las obligaciones que debe cumplir el Estado para garantizar la no discriminación de las personas. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

34. En el ámbito local, la Constitución reconoce a todas las personas idéntica dignidad y establece que "son iguales ante la ley", rechaza las discriminaciones y segregaciones por razones o pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción y menoscabo. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

35. El marco normativo relacionado con el derecho a la igualdad y las políticas contra la discriminación en general y racial en particular, debe completarse con el mandato más específico de protección a los refugiados, dada la condición de refugiados y peticionantes de refugio de los actores en el presente proceso judicial. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

36. Según las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en nuestro país no se han desarrollado políticas públicas que satisfagan debidamente el respeto de los derechos, en particular la igualdad y no discriminación, de las personas afrodescendientes, y en tal contexto, el Comité exhortó al Estado a realizar acciones con el objeto de reconocer e integrar a las personas afrodescendientes y a los migrantes afrodescendientes y garantizar así su pleno desarrollo y disfrute de los derechos humanos entre nosotros. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

37. Más allá de la cuestión atinente a la asistencia oportuna de un traductor ante el presunto cotraventor, lo cierto es que la ley no discrimina, es decir, resulta igualitaria para todos los habitantes, sin embargo la discriminación se constata en la

aplicación por parte de las autoridades responsables de cumplirla y hacerla cumplir. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

38. El principio de autonomía individual que nuestra Constitución consagra en el art. 19 y que consiste en la posibilidad de elegir y materializar su propio plan de vida, importa el reconocimiento a la autodeterminación y su fundamento radica en la dignidad de la persona y el respeto a la libertad personal, proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas y exige, además, la adopción de comportamientos activos por parte del Estado que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

39. No es suficiente con la sola abstención del Estado sino que requiere el desarrollo de conductas positivas, esto es, la planificación y ejecución de acciones de contenido positivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 de la CCBA, que establece el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Este deber de reconocimiento y tutela reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

40. El Estado no sólo debe prohibir conductas discriminatorias en razón de raza o abstenerse de realizarlas, sino también emprender acciones positivas para el efectivo reconocimiento y goce del derecho a no ser discriminado por motivos raciales, directriz que surge expresamente de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (ley 26.165) que establece que respecto de este grupo vulnerable se "aplicará el principio del trato más favorable, y en ningún caso, el menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias" (art. 3º). *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

41. El Código Contravencional no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

42. El legislador no prohibió la venta de baratijas cuando se trate de mera subsistencia ni tampoco reglamentó el ejercicio de ese derecho por medio de restricciones tales como permisos o autorizaciones. *(Voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

43. La ley prohíbe con carácter general el ejercicio de la actividad comercial en el espacio público a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso especial por parte de la Administración y los jueces rebasaríamos ampliamente el ámbito de control que nos permite la Constitución si decidiéramos autorizar a los vecinos —o a un determinado grupo— a apropiarse del espacio público en su propio beneficio al margen de las leyes que gobiernan la cuestión o si les reconociéramos por vía de acciones de amparo o de *habeas corpus* —que han sido consagradas con otros fines específicos— una inmunidad o fuero personal para repeler su aplicación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

44. La decisión legislativa de no considerar una contravención a la venta ambulatoria en la vía pública "de mera subsistencia que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido" (art. 83, tercer párrafo, ley 1472) excluye a esa acción del ámbito contravencional, en razón de tratarse de un claro supuesto de "atipicidad", para afirmar lo cual resulta necesario evaluar los productos colocados a la venta conforme a los parámetros de la *insignificancia o bagatela* desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, evaluación que, a menos que se presente de manera manifiesta su atipicidad, no está a cargo de la autoridad de prevención, sino que para determinar el mérito contravencional de dicha conducta primero están los fiscales, y luego los jueces y defensores, que, naturalmente, debaten en el marco de un proceso judicial que se inicia con posterioridad a la actuación policial. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

45. Si el integrante del Ministerio Público Fiscal decidiera, en virtud de su discrecionalidad técnica, que el hecho no constituye una contravención (al estar alcanzado por el párrafo tercero del art. 83, ley 1472), subsistiría la posibilidad de que se tratase de una infracción al Régimen de Faltas locales (ley 451), pues cabe recordar que también ha sido una decisión legislativa que el hecho de vender mercaderías en la vía pública "sin autorización" (art. 4.1.2, ley cit.) se encuentre expresamente prohibido por la ley 1166 y, por lo menos al día de hoy, esta conducta debe ser investigada y eventualmente sancionada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

46. No se logra comprender de qué manera se puede insinuar que los inspectores del Gobierno local o los organismos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía, aun con el auxilio de la "fuerza pública" para "asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta" (art. 6º, ley 1217), pueden resguardar en mayor proporción los derechos de los presuntos infractores al régimen de Faltas, que la actuación que es posible esperar de los órganos permanentes del Poder Judicial de esta Ciudad Autónoma (art. 107, CCBA); máxime, en supuestos en los cuales se tiene por destinatarios a grupos o colectivos que, sin importar su raza, religión o nacionalidad, evidentemente aparecen *a priori* como vulnerables. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

47. La tutela de la "libertad física", a la que se refiere la Constitución local, no comprende la posibilidad de frustrar, entorpecer o impedir los procedimientos que se desarrollan en el marco de las leyes adjetivas y sustantivas vigentes en esta Ciudad a las que se encuentran sometidas de igual manera todas las personas que incurren en actividades que —en principio y razonablemente— pueden calificarse como contravenciones, o, eventualmente, como faltas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

48. Se encuentra debidamente fundado y demostrado que el universo de sujetos alcanzados por las tareas de prevención y castigo de la venta ambulante prohibida excede notoriamente el colectivo que busca amparo y que el manejo de nuestra lengua requerido para comprender la solicitud de identificarse —a quien se encuentra ejerciendo una actividad en el espacio público de modo irregular, que la Ciudad no tolera— no resulta de una sofisticación tal que requiera el asesoramiento de un traductor o de un intérprete en el procedimiento inicial para garantizar el de-

recho de defensa en juicio de manera suficiente. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

49. A la luz de los compromisos asumidos por la República Argentina, la Ciudad de Buenos Aires, como parte integrante de la federación, debería extremar los esfuerzos para garantizar la adecuada inserción de los actores a la población, auxiliándolos para superar las dificultades idiomáticas y para que comprendan las obligaciones y —muy especialmente— los derechos que les asisten, como así también los medios o canales legales para que esos derechos sean respetados. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

50. Los desarrollos expuestos en el recurso de queja no permiten descalificar lo afirmado por la alzada, pues los recurrentes no han logrado establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invocan y el contenido de la sentencia que confirmó el rechazo del *habeas corpus* interpuesto. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

51. La decisión de la Cámara que confirmó el rechazo del *habeas corpus* presentado se encuentra, al margen de su acierto o error, debidamente fundada sin que las argumentaciones de los recurrentes logren demostrar que no puede sustentarse como acto jurisdiccional válido. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

52. El trámite de *habeas corpus* —calificado por la Cámara en la decisión recurrida como preventivo y colectivo— no puede tener andamiento para colocar a los actores al margen de las normas legales vigentes y de las consecuencias que se derivaban de su transgresión, al ejercer actividades lucrativas en la vía pública sin autorización. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

53. Los reclamos de los accionantes en torno a la alegada necesidad de contar con intérpretes u otra modalidad que asegure la traducción a su lengua (*wolof*, uno de los varios dialectos de la República de Senegal, país de origen de los recurrentes en esta causa donde el idioma oficial es el *francés*) de los contenidos de las actas contravencionales a las que se refiere el art. 36 de la ley 12 en el momento de su realización en la vía pública, resultan inadmisibles por impracticables y se demuestran innecesarios para asegurar acabadamente el derecho de defensa en juicio con el alcance garantizado en la Constitución, pues quienes dominan los rudimentos del idioma nacional imprescindibles para interactuar en la vía pública —realizando actividades lucrativas, lo que importa fijar precios con márgenes de utilidad sobre las compras, eventualmente realizar regateos y concertarlos, cobrar los importes convenidos, contar moneda y entregar vueltos— y satisfacer sus necesidades de subsistencia básicas de alimentación, vestido, transporte o vivienda se encuentran en condiciones de poder comunicarse, de algún modo, con el personal de prevención a los fines exigidos en dicha incipiente etapa del procedimiento. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF n° 6925/09 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Bara Sakho interpuso recurso de queja (fs. 80/94) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 72/78) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 43/71. Éste, a su vez, fue articulado contra la resolución de esa misma sala (fs. 31/42) que rechazó la acción de *habeas corpus* preventivo interpuesta el 15/1/2009.

2. A su turno, este Tribunal había revocado el pronunciamiento de la Sala III que había confirmado el rechazo de la acción *habeas corpus.* La decisión de este estrado se basó en que el *a quo* había denegado en forma arbitraria la producción de una audiencia y otros medios probatorios requeridos por los actores.

3. En el recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja presentada ante este Tribunal, se expusieron los siguientes motivos de agravio: *a)* vulneración del derecho a la libertad ambulatoria, garantizada en los arts. 14, 18 y 19 de la C.N., art. 7º de la CADH, arts. 9º, 10, 12, 14 y 16 de PIDCP; *b)* existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal que contraría los arts. 5º (a), (b) y (d.i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el art. 26 del PIDCP y que también afectaría el derecho a la igualdad (arts. 16, C.N. y 24, CIDH); *c)* incorrecta apreciación de la Cámara en cuanto consideró que no se encuentra acreditada la amenaza a la libertad ambulatoria; *d)* invalidez de la interpretación según la cual la venta ambulatoria para mera subsistencia se encuentra prohibida; *e)* afectación del derecho a la tutela judicial efectiva basado en la denegatoria de la Cámara a la producción y/o incorporación de prueba al expediente; *f)* lesión al derecho de defensa en juicio al no garantizarse la presencia de un traductor durante todas las etapas del proceso (art. 18, C.N.; 14.3 PIDCP; y 8.2, CADH); y *g)* afectación del derecho a la libertad personal (arts. 18 y 19, C.N.; 7, CIDH; y 9.1 PIDCP).

Resumidamente, los actores plantean la violación del derecho a la libertad física y libre circulación, y de los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, legalidad, reserva, razonabilidad, protección contra las detenciones o intervenciones arbitrarias y protección especial a migrantes, refugiados y peticionantes de refugio o asilo. Esas lesiones constitucionales estarían vinculadas a una práctica policial racista —avalada por el Ministerio Público local— que derivaría en la incoación injustificada de causas por violación del art. 83, CC, contra un grupo de personas pertenecientes a la comunidad senegalesa que se dedican a la venta de relojes y *bijouterie* en la vía pública. En este sentido, ellos se agravian de que la Cámara —sin argumentos suficientes— haya descartado la afectación de derechos denunciada; y, además, denuncian el desconocimiento de la garantía de debido proceso y de los derechos de defensa en juicio y acceso a la justicia en tanto la Cámara de Apelaciones no permitió la producción de parte de la prueba ofrecida por la actora y no garantizó la presencia de un intérprete desde el primer contacto de los agentes estatales con los presuntos contraventores.

4. Los jueces de la Sala I denegaron el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la parte recurrente no había logrado articular un caso constitucional, que los agravios que pretendía traer a conocimiento de este Tribunal eran fruto de una reflexión tardía o, directamente, que se trata de agravios aparentes que no muestran correlación con lo sucedido en la causa.

5. El fiscal general adjunto, en su dictamen, consideró que la queja debe ser rechazada (fs. 98/99). Sostuvo que el presente es un caso aparente y que no se encuentra configurado un caso constitucional.

6. Una vez que las actuaciones se encontraban en estado de ser resueltas (fs. 100) fueron requeridos los autos principales correspondientes a esta queja (fs. 103). Posteriormente —atento a que de la deliberación efectuada entre los integrantes del Tribunal surgió que no se había logrado conformar la mayoría establecida en el art. 25 de la ley 7 para resolver la queja interpuesta— se procedió a integrar el Tribunal en la forma prevista legalmente (fs. 107). En consecuencia, luego de cumplidos los pasos pertinentes (fs. 108, 114/119 y 123/124), el Dr. Balbín tomó intervención en este proceso. Por último, el Tribunal requirió a la Cámara el envío del registro audiovisual de la audiencia celebrada en ese tribunal, en el marco de esta acción, los días 12 y 13 de agosto de 2009 (fs. 119).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja interpuesta por los actores a fs. 80/94 debe ser admitida, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender plantea agravios relacionados en forma directa con la inteligencia de cláusulas constitucionales (arts. 16, 18 y 43 de la C.N. y 15, 14, 13 incs. 4º, 5º y 11 y 12 inc. 6 ºde la CCBA). Los actores se agravian de la forma en que el *a quo* resolvió sus planteos vinculados con el derecho a la libertad ambulatoria (art. 9.1, PIDCP) y el derecho de defensa (arts. 18 de la C.N., 8º y 25, CADH y 6° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). A ello, agregan que los procedimientos policiales denotan una actitud de discriminación racial tanto hacia los actores como hacia todos los miembros del colectivo cuya representación han solicitado. En apoyo a su postura citan los arts. 14, 18, 19 de la C.N., arts. 9º, 10, 12, 14 y 28, PIDCP, y arts. 5º, incs. (a), (b) y (d.i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

2. El referido recurso de inconstitucionalidad contiene los siguientes agravios. Primero, que la Policía Federal discrimina, por cuestión de raza y/o nacionalidad, contra senegaleses y etnias africanas que realizan venta ambulante en la vía pública. Dicen que se produce un caso de "…discriminación indirecta —también conocida como 'discriminación de facto' o 'impacto desigual'/'efecto inverso'— se produce

cuando una práctica, norma o condición es neutral nominalmente, pero sus efectos recaen de manera desproporcionada, excesiva, sobre determinados grupos". De lo que deducen que los jueces debieron realizar una ponderación de los bienes en juego y, sobre esa base, determinar que la conducta en cuestión no podía ser perseguida por los agentes estatales. Relatan que la Cámara entendió, para supuestos como los denunciados, que la venta ambulante para mera subsistencia contemplada en el último párrafo del art. 83 del CC "…se trata de una conducta jurídicamente desaprobada o desvalorada, que configura un injusto contravencional, debiendo analizarse la presencia de una situación de mera subsistencia en el ámbito de la reprochabilidad" (fs. 50) y que, "[e]s claro que la aplicación del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y del 4.1.2 del Código de Faltas a supuestos de actividades callejeras de mera subsistencia […] Si bien esas restricciones están impuestas por la ley, estas resultan totalmente desproporcionadas atento los bienes en juego y a los grupos sociales involucrados, alterando su sustancia" (fs. 50 vta.). Dicen que la interpretación del *a quo* del último párrafo mencionado no resulta adecuada y que "…del texto surge que son cuatro las conductas 'que no constituyen contravención' *a)* la venta ambulatoria de baratijas, *b)* artesanías, *c)* y, en general la venta ambulatoria de mera subsistencia,// siempre que no impliquen un competencia desleal efectiva para el comercio establecido, ni *d)* la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria" (fs. 65 vta.).

Luego, en el recurso se tacha de arbitraria la sentencia impugnada sobre la base de que si bien entendió correctamente que se trataba de un supuesto de *habeas corpus* colectivo "…durante el trámite del recurso de apelación y previo a la audiencia, la Sala excluyó prueba fundamental para presentar el caso de modo colectivo, por 'extemporánea' (más allá de que no se había realizado aún la audiencia) y se limitó a escuchar solo aquella referida a los tres amparistas. Esto violó, al mismo tiempo, el art. 43 de la C.N. y 14 y 15 de la CCBA" (fs. 54). En similar sentido, agregan que "[n]inguna actividad probatoria se realizó a fin de identificar el resto de los 1997 [distintos de los tres accionantes] miembros del colectivo, o —más sencillamente— solicitar informes estadísticos a la oficina de identificación del Ministerio Público, clasificados por nacionalidad (como se había solicitado en la prueba rechazada por no resultar indispensable)" (fs. 55). Finalmente, a este respecto, sostiene que la sentencia incurre en "arbitrariedad fáctica" porque no valoró correctamente la prueba, lo que la llevó a desconocer que había sido acreditada la discriminación del colectivo de senegaleses.

Con relación con el punto anterior, aduce que "[e]n nuestro caso el tribunal no garantizó este derecho a la protección judicial al colectivo amparista. En primer lugar, la sentencia pareció no entender quién era el colectivo que solicitaba tutela. En segundo lugar, no permitió las probanzas del caso de modo colectivo" (fs. 58 vta.).

Por último, se agravia de que la Cámara no haya garantizado el derecho de la comunicación inmediata, en todos los casos, de los derechos que asisten a quienes son objetos de un procedimiento policial en situaciones como las descriptas. Sostiene

que "…el tribunal analiza qué ocurre en los casos de coacción directa, mencionando simplemente que se 'intensifica la necesidad de comunicación', y concluye que 'se impone el cumplimiento de la obligación [de proveer un traductor] sin demora'. Asimismo, el tribunal consideró que es el momento de la intimación fiscal (art. 41 de la ley 12) que el presunto contraventor debe contar con un traductor. Este análisis del procedimiento deja fuera los casos donde no es necesaria la coacción directa […] De este modo, el tribunal consideró que para la 'intimación y notificación de derechos' establecida por el art. 37 de la ley 12 no resulta necesaria la traducción", lo que afecta el derecho constitucional de defensa en juicio (fs. 61 vta.; el texto entre corchetes corresponde al texto transcripto).

3. Resulta dudoso que el cauce bajo el que tramitó el presente proceso sea el adeudado para las cuestiones que aquí se ventilan. Las pretensiones tramitadas en este proceso, denominado como *habeas corpus,* parecen más propias de un amparo. Tanto la CCBA como la ley nacional 23.098 establece que en los procesos de *habeas corpus*, no resulta exigible el recaudo de legitimación —indispensable como regla para instar la actividad judicial— y que "cualquier persona" puede instar la acción a favor del afectado (conf. art. 15, CCBA e incs. 3º y 4º del art. 4º de la ley nacional 23.098). Ello tiene como fundamento que el objeto de ese tipo de procesos —al menos en su exégesis originaria— es la protección de la libertad ambulatoria de quienes por encontrarse privados de ella no pueden acudir a los tribunales. La situación presentada no es de esa especie, no obstante, como veremos, en el *sub judice* concurren otras razones que determinan la posibilidad de que los actores insten el accionar de los jueces con el alcance grupal que solicitan. En este marco, sin perjuicio de la salvedad realizada acerca del trámite del proceso, el *nomen juris* no puede sellar la suerte de las pretensiones de los actores, sobre todo cuando la contraparte no ha alegado que ello haya afectado su derecho de defensa.

4. Los actores pretenden ejercer, además de la representación propia, la de un colectivo definido como "…todos aquellos africanos y afrodescendientes que trabajan en el barrio de Constitución, Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 35; sentencia de Cámara) y hacen especial énfasis en aquellas personas de nacionalidad senegalesa (como los actores) que, según denuncia, en su mayoría se encuentran en nuestro país con status de refugiados. Sostienen, básicamente, que hay discriminación en el modo de proceder de los agentes de la Policía Federal, que persigue a ese colectivo, cuyos miembros realizan venta ambulante en la vía pública, por sus características raciales y/o nacionales y que ello se manifiesta en que las fuerzas de seguridad los detienen y secuestran la mercadería que venden, mientras que no hacen lo mismo con personas de otras nacionalidades o etnias. Arguyen que la actividad que realizan no se encuentra prohibida por la ley, ya que se trataría de venta ambulante de baratijas para mera subsistencia, accionar que, entienden, debe ser encuadrado en el último párrafo del art. 83, CC. Sostienen también que se vulnera su derecho de defensa porque la lectura de la Cámara de las normas adjetivas contravencionales no garantiza la presencia de un intérprete durante todas las

etapas de los procedimientos que involucran a estas personas que, en su mayoría, no hablan en forma fluida el español.

5. La CCBA estructura ciertos derechos como de incidencia colectiva y, entre ellos, otorga legitimación a todos los habitantes para instar acciones "contra alguna forma de discriminación" (art. 14, segundo párrafo, de la CCBA). Sobre este punto y, en general, sobre los efectos de la ampliación de la legitimación me expedí en "Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 6542/09 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 6603/09, sentencia del 4/11/2009 y sus citas, argumentos a los que corresponde remitir.

Esta situación, así como la índole de las pretensiones en juego, impactan sobre las características que adquiere el proceso, y proyectan significativas consecuencias en relación con las categorías que tradicionalmente lo estructuran (v. gr. legitimación y caso), el alcance de la sentencia y su ejecución.

Esta acción persigue, principalmente, que los jueces establezcan cómo deben comportarse en el futuro los agentes policiales. Para ello, sin entrar en consideración sobre la prueba aportada, sus promotores asumen que este comportamiento será ilegítimo, pues sostienen que estos actuarán bajo estándares discriminatorios, que no respetarán el derecho de defensa de quienes sean sometidos a procedimientos y que reprimirán una conducta que entienden legítima.

Si es difícil ya actuar judicialmente sobre lo que aún no ha ocurrido tanto más es hacerlo cuando esos futuros acontecimientos caen bajo la presunción de ser contrarios a las leyes. Aun cuando el concepto de causa pueda abarcar, cumplidos ciertos recaudos, la prevención de situaciones futuras (afectación inminente) con el objeto de garantizar el acceso a la justicia, asumir que un agente gubernamental actuará de forma contraria a lo que mandan las leyes importa lo mismo que permitir a los jueces expedirse sobre consultas, es decir, fuera de una causa judicial o controversia. En el caso, no puede asumirse que los agentes de la Policía Federal realizarán acciones discriminatorias o detenciones fuera del marco legalmente previsto para ello. De presentarse esa situación, los legitimados podrán cuestionar ese accionar mediante el cauce que corresponda, sea atacando la validez del procedimiento desarrollado en forma ilegítima, sea instando la responsabilidad de los agentes involucrados, o ambos. Sin perjuicio de ello, resulta posible despejar algunas incertidumbres respecto de la correcta inteligencia de las normas que sustentan el accionar policial, a los efectos de determinar sus consecuencias sobre la actividad desarrollada por los actores. La situación es sustancialmente diferente con relación a la afectación del derecho de defensa por ausencia de intérpretes capaces de hacer comprender sus derechos a quienes deben padecer la actividad de los agentes de la Policía, pues no se está buscando prevenir un tipo de conducta ilícita sino un defecto de comunicación cuyo impacto en la defensa, y, en verdad, en la persona misma del afectado, está inescindiblemente unida a ese defecto de comunicación, con independencia del carácter ilícito que puede concurrir en ciertos casos.

6. Si bien la Cámara entendió que no había sido acreditada la existencia de un comportamiento discriminatorio por parte la Policía Federal, los extremos que entendió probados resultan suficientes para tener por configurado un supuesto en el que, aún sin que se pueda sostener que existe animosidad por parte del personal policial, sí puede entenderse que la prohibición de venta en la vía pública, medio de subsistencia de los actores y el colectivo que representan, repercute en forma diferencial sobre quienes participan de este colectivo respecto de quienes no forman parte de él. Así, por ejemplo, han sido tenidos como válidos los informes presentados por Liguori y Sukama los que se da cuenta que entre los años 2007 y 2008 han recibido informe de 45 personas de origen senegalés que efectivamente han tenido problemas con procedimientos vinculados con la venta ambulante. Si bien ese número puede no ser extremadamente abultado, se torna relevante si se lo compara con los 2.000 inmigrantes de ese origen que, según lo establecido en el expediente, viven en Buenos Aires. También ha sido acreditada la existencia de más de un procedimiento de características violentas que involucra a miembros del colectivo, conforme lo expresaron los testigos. Asiste razón a los jueces de mérito en que este tipo de conductas por parte de los agentes policiales pueden configurar delitos y, por ende, resulta acertada la extracción de testimonio y notificación a los órganos competentes. No obstante ello, esas probanzas sí resultan suficientes —sin perjuicio de lo que determinen las autoridades a las que se remitió testimonio— para tener por configurada una situación de especial afectación de la norma en cuestión sobre el grupo representado por los actores.

6.1. Comencemos por el agravio relacionado con la posibilidad de que la conducta que los recurrentes denuncian realizar, y para cuya futura reiteración buscan mayores garantías, sea pasible de persecución estatal. Como adelanté, se agravian de la interpretación atribuida por la Cámara al art. 83 del CC. Sostienen que debe optarse por aquella interpretación que proteja en mayor medida los derechos de las personas. También tachan de irrazonables los arts. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones y 4.1.2 del Código de Faltas, por constituir, a su entender, restricciones desproporcionadamente impuestas por la ley a la venta en la vía pública atento la importancia de los derechos en juego y a los grupos sociales involucrados (véase fs. 51 vta./52).

Por las razones que expondré a continuación, no asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la conducta llevada a cabo por los miembros del colectivo que representa es permitida, aunque tampoco comparto la interpretación que el *a quo* asigna al art. 83 del CC.

Dicho art. 83 del CC reza así:

"Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado/a con multa de 200 a 600 pesos.

Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido, es sancionado/a con multa de 5.000 a 30.000 pesos.

No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria" (el destacado es propio).

6.2. La Cámara entendió que "…los supuestos contenidos en la citada norma [art. 83, CC] no participan de la misma naturaleza jurídica, en la medida en que aluden a cuestiones distintas; de modo que mientras los primeros se vinculan con la configuración misma del ilícito, la venta de mera subsistencia debe entenderse como una causal de inculpabilidad (c. 'More Castillo, Rosario s/infracción del art. 83 CC', del 16/9/2005). A partir de ello, no puede concluirse que se trata de una conducta jurídicamente desaprobada o desvalorada, que configura un injusto contravencional, debiendo analizarse la presencia de una situación de mera subsistencia en el ámbito de la reprochabilidad. Siendo ello así, no resulta fiable afirmar, como pretenden los accionantes que la venta de mera subsistencia se trata de una conducta lícita". Seguidamente, el *a quo* hace referencia a las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y sostiene que "[l]a ley exige, además, que se requiera a la autoridad administrativa habilitación para desarrollar actividades comerciales de cualquier tipo en el espacio público" (fs. 40).

En el fallo *in re* "More Castillo" que cita, la Cámara sostuvo que el último párrafo del art. 83, CC, contiene dos supuestos que merecen calificaciones distintas dentro de la dogmática penal y, por lo tanto, producen consecuencias también distintas. Allí dijo que "…una adecuada interpretación de la norma indica que se trata de hipótesis independientes y autónomas, que se conforman, la primera de ellas, con la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas, artículos similares o artesanías que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido y, la segunda con la venta de mera subsistencia que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido". Luego, de realizada la distinción sostuvo que "[s]e observa entonces que las características, propias de cada caso, de lo que constituye el objeto de esta contravención, es decir la sustancia y número de los efectos que configuran la actividad lucrativa, su calidad y cantidad, sea que se trate de artesanías, baratijas o artículos similares, inciden en la conformación misma del injusto y por ello se trata de supuestos de atipicidad de la conducta. Así, la acción atípica no merece ser castigada porque carece de relevancia jurídico contravencional.// En cambio, la venta de mera subsistencia —aplicada por el juez en el caso de autos— se relaciona con las condiciones personales del autor en la medida en que para establecer si el producido de la venta se destina a la mera subsistencia no puede prescindirse de la valoración de la situación personal, económico social, en la que se encuentra el autor. Así, mientras la ausencia de ilícito impide un juicio negativo sobre el hecho, la configuración de una causal de exclusión de la culpabilidad solo prohíbe un juicio similar sobre el autor. Este último es el supuesto objeto de estudio en el que —a diferencia del anterior— cabe afirmar la desvaloración del hecho, pues se trata de

un hacer jurídicamente desaprobado, en relación al cual resta abordar el estudio acerca de si corresponde traspasar al autor el juicio negativo sobre el hecho, de modo que la ubicación del problema se mueve del hecho hacia el autor (Maurach, ob. cit., p. 551)".

6.3. Para poder determinar qué quiso establecer el legislador en el último párrafo del art. 83, es necesario realizar una lectura integral del plexo normativo que rige la actividad que denuncian practicar los actores. Concuerdo con la Cámara *a quo* en que la intención legislativa fue dejar a resguardo de la represión estatal los supuestos de ese tercer párrafo, pero no es igualmente fácil determinar de qué forma buscó hacerlo. Cierto es que el lenguaje empleado por el legislador ("[n]o constituye contravención"), interpretado en su significado académico, lleva a suponer que, cuando la acción de venta ambulante sin autorización puede ser encuadrada dentro de ese párrafo, queda eliminada la tipicidad de la conducta. Sin embargo, no es ésta una guía ineludible de la interpretación judicial. El legislador no es un académico cuyas afirmaciones puedan ser estimadas como verdaderas o falsas. Muy por el contrario, es quien representa la voluntad del pueblo de darse ciertas normas con alcance general y dentro del marco constitucional, uno de cuyos componentes es que las restricciones a la libertad individual deben tener un fundamento adecuado y pesar por igual sobre todos los individuos que conforman la voluntad general o los que voluntariamente se someten a ella concurriendo al ámbito territorial sobre el que impera esa voluntad general.

En el marco de esa premisa, conviene tener presente cuáles son los componentes de la voluntad legislativa, a saber, *a)* no castigar al necesitado, *b)* tutelar la vía pública como bien colectivo y *c)* evitar una competencia desleal convirtiendo al uso de la vía pública en un privilegio inaceptable. La interpretación que, ateniéndose al texto entendido como expresión de voluntad de ordenar la vida en común antes que como exposición académica, mejor acomode a estos fines será la que, en mi opinión, corresponde adoptar a los jueces.[29]

Para llevar a cabo este análisis, cabe comenzar por el art. 10 del Código de Faltas, que dispone:

"La comisión de una contravención no exime de la responsabilidad por falta atribuible a otra persona por el mismo hecho, en cuyo caso la sanción por falta se aplica sin perjuicio de la pena contravencional que se imponga".

El artículo establece que, cuando un mismo hecho se encuentra encuadrado como falta y contravención, esa doble calificación no exime de la sanción por falta

[29] Dejaré de lado, por no tener relación con lo que se ventila en autos, la última parte del párrafo en cuestión. No está en tela de juicio que cuando el legislador dispuso que "[n]o constituye contravención […] la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria", estableció un supuesto distinto al previsto en la primer parte del párrafo bajo análisis. La hipótesis relevante en autos es aquella relativa a la venta para mera subsistencia.

a quienes no encuentre alcanzados por la figura contravencional. Una lectura *a contrario sensu*, como la que sugiere el texto y sus consecuencias, determina que quien realiza una conducta pasible de sanción como contravención y como falta sólo puede ser castigado por la norma contravencional.

Aun cuando la interpretación *a contrario* de un texto legislativo no constituye un método certero, no debe ser descartada cuando concurren otros elementos de juicio que permiten comprender la voluntad legislativa. Ello es así, pues el lenguaje cuenta con la posibilidad de comunicar por la vía de hablar de la solución de un supuesto que la solución será la contraria para el otro. Pero, no es ésta una comunicación inequívoca si no viene acompañada de otros elementos que permitan asegurar que el dicente pretende precisamente ser entendido *a contrario,* esto es, que busca que quien recibe su discurso comprenda que tuvo presente la alternativa no mencionada y que su voluntad fue distinguir aquéllo de lo que habló de aquello otro acerca de lo que guardó silencio (véase mi voto *in re* "Pinto Barros, Diego Hernán c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6602/09, sentencia del 4/11/2009). Para ilustrar el punto, una disposición que prohibiera ingresar animales domésticos a vehículos afectados al transporte público no puede ser leída como una autorización para hacerlo con bestias salvajes. Por su parte, aquella otra que requiriera un permiso para acumular residuos cuyo peso supere las cinco toneladas, admite la técnica del *contrario sensu* porque por debajo de la cantidad legalmente estipulada se ha decidido tolerar la conducta y la tramitación del permiso no es exigible; en sentido estricto ese comportamiento quedaría al amparo del art. 19 de la C.N. pero, aun así, la interpretación a contrario sería admisible.

Volviendo a nuestro art. 10, si lo leyéramos en el sentido de que tampoco exime de responsabilidad a quien comete una conducta encuadrada a un mismo tiempo como falta y como contravención, ello llevaría a penalizarlo doblemente. En tanto ésta es modalidad que suponemos excluida de nuestro orden jurídico, podemos inferir que quien perpetra una conducta sancionada en ambas categorías solamente recibirá la sanción que le quepa por una de ellas, como principio, la contravención, y será eximido de la otra. En un escalón más de esta inferencia no lógico-formal sino propia de la comunicación mediante el lenguaje ordinario, en el cual está presente el propósito del comunicador, podemos suponer que si una persona es eximida de la pena como contraventor también lo será de la pena como autor de una falta. Ello así, puesto que resulta, como principio, inconciliable la finalidad de eximir de castigo en un caso y propinarlo en el otro. Esto no ocurre, en cambio, cuando una conducta no está tipificada como contravención sino tan sólo como falta. En este supuesto, no tenemos elemento alguno que permita excluir la sanción, ni aun la interpretación que extraigo del art. 10 *sub* análisis. Ello implica que considerar atípica, desde el ángulo del CC, la clase de conducta que nos ocupa es incompatible con la exclusión, con base en el texto del art. 10 del C.F., de la sanción por falta, si así estuviera contemplada, y lo está en el art. 4.1.2 de dicho cuerpo normativo. Además, la interpretación propuesta tiene correlato con el hecho de que el régimen

contravencional conlleva, como principio, un sistema sancionador con penas más gravosas y, por ello, median en él también mayores garantías para los imputados. Sin entrar en la discusión relativa a si en estos casos la doble persecución se encontraría o no vedada por normas constitucionales, la inteligencia atribuida a las normas en juego se corresponde con el razonable principio interpretativo de que, en caso de duda, debe presumirse que el mismo legislador no buscó imponer dos sanciones por un mismo hecho.

6.4. En suma, el juego que este art. 10 realiza entre los regímenes contravencional y de faltas determina la inteligencia del último párrafo del art. 83 del CC. Resulta claro para el *a quo,* para los actores y también para mí que el legislador buscó librar de castigo a quienes realicen la conducta prevista en el artículo mencionado en las circunstancias que nos ocupan. Si tomáramos esas previsiones como causales de justificación o supuestos de atipicidad de la conducta, estaríamos frente a la posibilidad de que ese accionar fuera sancionado por el art. 4.1.2 del Código de Faltas, por tratarse de ventas sin autorización en el espacio público. En cambio, si lo previsto en el párrafo en cuestión fuera entendido como una excusa absolutoria, se trataría de un supuesto en que el legislador decidió no castigar, sin perjuicio de que la conducta configurase una contravención. En definitiva, al ser calificada de esa forma, la conducta quedaría exenta de la sanción impuesta por el régimen de faltas (por tratarse de una contravención) y, por otro lado, no sería castigada como contravención, a pesar de serlo, esto es, de tratarse de una reprochable.

De lo expuesto se sigue también, en atención a que ni la culpa ni el dolo son recaudos necesarios para sancionar una falta, que la ausencia del elemento subjetivo del tipo contravencional deja en pie la responsabilidad impuesta por el régimen de faltas del autor de la acción penada por ambos plexos normativos. Basta pensar en la situación de quien viola una prohibición de tránsito sin que concurran a su respecto los elementos subjetivos que llevan al castigo de la contravención (conf. Capítulo III del CC y Sección 6, Capítulo I del Código de Faltas). De ello, se deduce que tampoco esta categorización de los elementos contenidos en el párrafo tercero del art. 83 *sub examine* arrojan un resultado armónico con lo que parece constituir una concepción compartida acerca de cuál es la voluntad del legislador.

Por lo demás, cuando el legislador de la Ciudad quiso que concurra en forma paralela a la sanción contravencional un sistema de responsabilidad administrativo, así lo dispuso expresamente. En el título undécimo, "Sistema de Evaluación Permanente de Conductores" (SEPC), del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad se prevé la pérdida de puntos de la licencia de conducir para aquellos conductores que realicen una contravención o una falta, sin descartar la responsabilidad que les quepa por el régimen que corresponda en cada caso. Incluso la modificación al CC introducida por la ley 2641 dispone que la quita de puntos que corresponda por el SPEC será también aplicada en aquellos supuestos en que se realice una suspensión del proceso a prueba en las contravenciones vinculadas con la conducción de vehículos (arts. 111 a 114 del CC).

Lo antedicho me lleva a considerar que lo que quiso incorporar a su régimen el legislador fue una excusa absolutoria. Esta causal de exclusión de la pena no supone eliminación de la antijuridicidad, tampoco de la culpabilidad, sino que sobre la base de la concurrencia de ciertos elementos objetivos excluye la sanción de una conducta cuya ilicitud permanece intacta. Al referirse a las excusas absolutorias, Soler sostiene que "[s]on circunstancias que no afectan ni la antijuridicidad ni la culpabilidad de la acción, sino que solamente se vinculan con la aplicación de la pena; son verdaderas causas de impunidad establecidas por razones de utilidad, pues la injusticia del hecho y la culpabilidad permanecen intactas. Por eso son causas personales (art. 185, *in fine* [del C.P.]), intransferibles, y dejan subsistentes la responsabilidad civil por el hecho. El cómplice del sujeto que robó algo a su padre es punible, aun cuando no lo sea el autor principal; para éste subsiste la responsabilidad civil […] es muy distinta la situación, según la pena sea excluida por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad o por una mera excusa absolutoria" (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo II, TEA, Buenos Aires, 1992, pp. 239/240). Sobre el punto, aunque bajo la voz "causas de exculpación", Jescheck dice que "[h]ay hechos que son en verdad típicamente antijurídicos y, además, fueron cometidos por un autor con capacidad de culpabilidad y actuando con conocimiento del injusto, pero que, sin embargo, permanecen impunes, ya que, bajo ciertos requisitos, el ordenamiento no formula reproche alguno de culpabilidad". Dicho autor sostiene que "[e]l hecho justificado es *aprobado* por el ordenamiento jurídico, mientras que el exculpado sólo es *tolerado*. De ahí que en el primero se excluya la participación punible, que en el segundo es, por el contrario, jurídicamente posible. Que el partícipe quede también exculpado depende de las circunstancias que concurran personalmente en el mismo" y agrega que las causales de exculpación "…producen ciertamente una disminución del contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho […] Sin embargo el injusto no desaparece por completo, ya que el desvalor del resultado del hecho sólo se reduce, atendiendo a que éste sirve, a la vez, a la protección de valores. Procede negar asimismo la plena exclusión de la culpabilidad, porque la situación excepcional concurrente al cometerse el hecho no elimina la capacidad de culpabilidad ni el conocimiento de la prohibición. Las causas de exculpación deben contemplarse así como *causas de disminución del injusto y de la culpabilidad*, a las que el legislador atribuye el *efecto de la impunidad*, dado aunque no se alcanza el límite del merecimiento de pena" (Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 430/432; los destacados son del original).

Un examen de los elementos en sí del tercer párrafo bajo análisis y de su inserción en el CC apunta en la misma dirección. Primeramente, la circunstancia de que el CC trata las causales de inimputabilidad en el art. 11, sin que haya razones para creer que el legislador quiso incorporar alguna específica para la conducta prevista en el art. 83. Una segunda razón es que la venta sin autorización afecta el bien tutelado, consista ésta en la de baratijas o sea para la mera subsistencia, aunque quizás en distinta medida. Cierto es que el artículo requiere que no haya

competencia desleal, pero no menos lo es que la competencia leal no es el único bien resguardado ni probablemente el principal. Una tercera es que se trata de circunstancias no vinculadas a la voluntad o al entendimiento pero sí al autor, antes que a la acción, por un lado, y a las características de la mercadería, por otro. Esta última tiene una visible relación con la mera subsistencia del autor. La virtualidad que la ley otorga a la inexistencia de competencia desleal con los comercios supone eximir de la sanción en la medida en que lo que permanece afectado no es ya interés de un particular —el comerciante— sino el de la sociedad en el uso del espacio público.

Esta interpretación, a diferencia de la que ve en el párrafo examinado una causal de exclusión de la antijuridicidad, mantiene el castigo para quien esté, eventualmente, detrás de quien vende para su subsistencia.

6.5. Como surge de la interpretación realizada por la Cámara y la propuesta por los recurrentes, tampoco existe acuerdo sobre si el precepto en cuestión incluye uno o varios supuestos (según vimos de exculpación); es decir si los elementos allí enumerados deben encontrarse todos para excluir la sanción o basta con que se presente sólo alguno. No corresponde aquí determinar cuál es la correcta interpretación del último párrafo del art. 83 del CC con relación a este punto, ni a otros como, por ejemplo, cuál es el significado que corresponde asignar al término "ambulatorio". Ello será propio de las causas en donde se desarrollen esas defensas y, como principio, privativo de los jueces de mérito, sin perjuicio de la intervención que corresponda a este Tribunal en su competencia extraordinaria.

6.6. La tacha de irrazonable que el recurrente dirige al régimen de los Códigos de Faltas y de Habilitaciones y Verificaciones debe ser descartada por carecer de los fundamentos mínimos para configurar un agravio que habilite la intervención de este Tribunal. El recurrente se limita a buscar fundamento a su afirmación en "los bienes en juego y los grupos sociales afectados" (fs. 50 vta.), obviando toda relación con disposiciones de rango constitucional y un desarrollo suficiente de su argumentación.

6.7. Esta interpretación de las normas no priva a los órganos facultados para hacerlo de su capacidad para controlar que las actividades que se desarrollen en el espacio público cumplan con los requisitos legales, en el caso de la comercialización de mercancías, con la autorización pertinente (conf. "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ezquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009). Tanto la policía como el resto de los órganos estatales dotados de competencias a esos fines deberán requerir a quienes realicen actividades la exhibición de los permisos necesarios y en caso de que no cuenten con ellos ordenar que cese la actividad. Sin embargo, cuando la conducta esté encuadrada dentro de lo previsto en el último párrafo del art. 83 del CC, deberán abstenerse de tomar las medidas precautorias contempladas en el 18 y ss. de la LPC (ley 12), tanto sobre las cosas como las personas en cuestión. Cuando no tengan certeza, pero existan señales claras de que

una conducta captada por el art. 83 podría ser de aquellas no punibles con arreglo a su último párrafo, deberán observar, en el ejercicio de las competencias que les acuerda la ley, el máximo esfuerzo para evitar medidas compulsivas que luego se muestren inconducentes por decisión del Ministerio Público Fiscal de no ejercer la acción respectiva. A ese fin, deberán hacer los máximos esfuerzos para poner la situación en conocimiento de los agentes de dicho Ministerio tan pronto como sea posible y no proceder a cualquier medida de las de los arts. 18 y ss. de la LPC sin su previa indicación o, si constatasen la imposibilidad de hacerlo, evaluando por sí, tan completamente como fuere posible, si la conducta puede ser encuadrada en el último párrafo del art. 83.

7. El agravio relativo a la afectación del derecho de defensa por ausencia de un intérprete capaz de hacer conocer sus derechos desde el primer momento que el presunto contraventor toma contacto con los agentes estatales, en virtud de lo desarrollado en este punto, debe ser atendido.

El derecho de defensa consagrado en el art. 13, incs. 3º y 4º de la CCBA, art. 18 de la C.N. encuentra su regulación, para lo que aquí importa, en los arts. 4º y 37 de la LPC.

El art. 4º dispone:

"Se debe designar un intérprete cuando el imputado o imputada no pudiere o no supiere expresarse en español, o cuando lo impusiere una necesidad especial del imputado o imputada".

A su turno, el art. 37 reza:

"La autoridad preventora entrega una copia del acta al presunto contraventor/a, si está presente. En tal caso lo intima para que comparezca ante el o la fiscal dentro de los cinco días hábiles siguientes, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública. Asimismo le notifica de su derecho a ser acompañado por defensor o defensora de confianza y que, de no hacerlo, será asistido por el defensor o defensora de oficio. Si el presunto contraventor/a se niega a firmar, se deja constancia de las razones aducidas".

Es cierto que estas normas refieren a la comunicación a la persona que se estima incursa en una conducta reprochable de sus derechos, por un lado, y las oportunidades, que pueden ser posteriores al primer contacto de la fuerza de prevención con el hecho reprochable, en que ello debe ser cumplido. Empero, pienso que deben ser entendidas como supuestos específicos de una voluntad legislativa más general de asegurar que quienes enfrentan ejercicios del poder público sean puestos, por regla, en conocimiento de la actividad estatal con posibilidad de comprenderla. En el caso de los miembros del colectivo por el que ha sido impulsada esta acción, ello no sirve tan sólo para posibilitar la defensa sino, frecuentemente, aun para evitar la angustia de la incertidumbre a quien se ve sometido a medidas compulsivas cuya causa, finalidad y/o alcance no comprende.

El medio contemplado en esas normas, el intérprete, también debe ser visto, en la concepción del legislador, como un instrumento de la comunicación, que se aspira a asegurar, antes que como la exclusión de otros dispositivos que

resulten más apropiados a la finalidad perseguida. Por lo demás, resulta claro que es imposible que cada procedimiento cuente con intérpretes de todas las lenguas de posibles involucrados. Complica aún más esta situación casos como los de los actores, cuya lengua natal es un dialecto prácticamente desconocido en nuestro país, del que no existen traductores oficiales, y que provienen de un país que no posee representación consular en la Argentina. La audiencia de fecha 16 de junio de 2009 y las dificultades para encontrar intérprete que la precedieron muestran la conveniencia de acompañar la designación de experto de esta especie con otros mecanismos más efectivos tales como carteles o grabaciones de voz con mensajes apropiados para comunicar en qué consiste el procedimiento, cuál es la conducta reprochada, cuáles las circunstancias que excluyen la sanción, los derechos que asisten a quien es abordado por la fuerza pública, del mismo modo que posibilitar que las manifestaciones que esa persona estime oportuno realizar puedan ser comprendidas en lo indispensable, de manera inmediata, por la fuerza pública, a cuyo propósito pueden emplearse también carteles con mensajes o signos que puedan ser interpretados por quienes no hablan el idioma wolof.

En definitiva, es necesario que el Estado extreme las medidas para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los presuntos contraventores y también evitar que los padecimientos que implica a una persona estar sometido a un procedimiento contravencional se intensifiquen sobre un grupo de personas que poseen muchas razones para sentirse más violentados o temerosos, por su condición de inmigrantes y por las dificultades que conlleva el hecho de no tener un dominio pleno del idioma castellano. Para ello deberá dotar a los preventores o quienes se encuentren a cargo de los procedimientos contravencionales de los medios más adecuados para garantizar una comunicación eficiente de los agentes del poder público con las personas que soportan un procedimiento.

El mecanismo que se utilice para comunicarse con los presuntos contraventores, también deberá ser utilizado para determinar con la mayor inmediatez posible, y en el estado propio de un procedimiento de esa especie, si se encuentran ante una conducta que podría ser encuadrada dentro de la excusa absolutoria del último párrafo del art. 83, CC.

8. Como dije, tanto la pretensión requerida por los actores como la representación que pretenden ejercer brinda características especiales al proceso y también a la sentencia que puede dictarse en el *sub judice*. Sin perjuicio de ello, sigue recayendo sobre los jueces la obligación de pronunciarse en el marco de una causa o controversia y de dictar órdenes concretas que sean pasibles de ejecución posterior. Es por ello que para garantizar el más amplio ejercicio del derecho defensa en condiciones igualitarias, debe ordenarse a la Policía Federal, GCBA y Ministerio Público Fiscal que se dote a los agentes que realicen procedimientos contravencionales de carteles, grabaciones o cualquier otro medio que permitan realizar una comunicación eficiente de sus derechos a los integrantes del colectivo representado por los actores desde el momento en que se establezca el primer contacto con quienes se estime incursos en contravención por realizar venta en la vía pública sin el

debido permiso. Asimismo, también debe ordenarse que los agentes que realicen los procedimientos deberán maximizar los esfuerzos para comunicar al fiscal correspondiente con la mayor inmediatez posible en los casos en que se encuentren involucrados los miembros del colectivo al que pertenecen los demandantes antes de adoptar medidas precautorias, a fin de que éstas sólo sean consecuencia de la decisión de un magistrado. Por último, con el objetivo de garantizar igualdad de trato y evitar vejaciones innecesarias a los miembros del colectivo que lidien con los agentes estatales, corresponde disponer que los agentes preventores se abstengan de tomar medidas precautorias como las previstas en los arts. 18 y ss. de la LPC cuando existan indicios suficientes de que la conducta del presunto contraventor pueda ser encuadrada en el último párrafo del art. 83 del CC.

9. Los agravios vinculados con el rechazo de prueba involucran cuestiones de derecho procesal, ajenas como principio, a esta instancia extraordinaria.

10. Por lo expuesto, corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y: *I.* Ordenar a la Policía Federal, al GCBA y al Ministerio Público Fiscal que extreme los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de sus derechos desde el momento desde el primer contacto con el presunto contraventor, conforme lo desarrollado en el punto 8. *II.* Ordenar a la Policía Federal que realice todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a lo establecido en el punto 7.8. *III.* Ordenar que, cuando existan indicios suficientes de que la conducta puede estar encuadrada en el último párrafo del art. 83 del CC, los agentes preventores se abstengan de tomar las medidas precautorias previstas en los arts. 18 y ss. de la LPC sobre las cosas o las personas involucradas.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de un recurso de queja que interpuso el Sr. Bara Sakho contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que desestimó su recurso de inconstitucionalidad. Este último tiene por objeto impugnar la resolución a través de la cual la Cámara confirmó el decisorio de primera instancia en cuanto dispuso rechazar la acción de *habeas corpus*.

De fs. 80 vta. a 93 del recuso de queja, el apelante 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.

Entiendo que la queja es procedente dado que los señores camaristas debieron indicar por qué la interpretación que sustentan no afecta los derechos y garantías constitucionales invocados. La deficiencia señalada cobra aún más trascendencia si tomamos en consideración que se trata de una acción de *habeas corpus* que

contiene una denuncia de racismo, que los propios magistrados han calificado de "sumamente grave" (fs. 75 vta.).

La carencia señalada no queda subsanada por las afirmaciones dogmáticas y generales que contiene el auto denegatorio, alguna de las cuales se citan a continuación: "no se advierte con claridad un cuestionamiento específico a lo resuelto por este Tribunal cuya revisión extraordinaria se reclama" (fs. 76); "el agravio (o grupo de agravios referidos al tema) resulta aparente o, cuanto menos, exagerado o inhábil para convocar la atención de la instancia extraordinaria" (fs. 77); "este agravio... cuestiona la interpretación que el Tribunal de mérito realizara de normas de índole procesal. Ella, al igual que las cuestiones de hecho y derecho común, también resultan por regla ajenas a la instancia a la que se pretende acceder" (fs. 77 vta.); "la consideración de este Tribunal entraña, en principio, la interpretación de una norma de derecho común que, si bien seguramente admite otras alternativas, su dilucidación resulta ajena a la extraordinaria competencia del Tribunal al que se pretende acceder" (fs. 77 vta./ 78).

Recurso de inconstitucionalidad

1. Corresponde ahora analizar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

Coincido con el señor juez de trámite, en que el recurso de inconstitucionalidad plantea agravios relacionados de forma directa con cláusulas constitucionales (arts. 14, 16, 18, 19 y 43, C.N.; arts. 15, 14, 13 incs. 4º, 5º y 11 y 12 inc. 6º de la CCBA; arts. 9.1, PIDCP, arts. 8º y 25, CADH, arts. 9º, 10, 12, 14 y 28, PIDCP; y arts. 5º incs. (a), (b) y (d.1), y 6º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

Asimismo comparto la caracterización de los agravios constitucionales formulados por los accionantes, que consta en el punto 2 del voto de mi colega, a la que me remito en honor a la brevedad.

2. De la vía.

La Cámara calificó a este proceso como un *habeas corpus* preventivo y colectivo (fs. 34 vta.) con apoyo en el fallo CSJN "Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*".

También dijo en el mismo sentido que "no existe obstáculo para admitir una acción colectiva en tanto y en cuanto se cumpla con los requisitos mínimos para ello —como ocurre en el caso—, de identificar claramente la composición del grupo de personas del que se trate, la idoneidad de quien asume la representación, y las cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas que por acción u omisión lesionen, restrinjan, alteren o amenacen la libertad ambulatoria de ese colectivo de personas". Y agregó que "desde un principio la acción fue planteada en su favor por los tres ciudadanos senegaleses que la suscribieron, y de todos aquellos africanos

y afrodescendientes que trabajan en el barrio de Constitución, Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 35).

Por fin, los magistrados destacaron que más allá de que la acción fuera un *habeas corpus* o una modalidad del amparo "puede adquirir las características pretendidas en la especie" (fs. 35 vta.).

3. Del objeto.

El objeto del proceso está definido con claridad por el señor juez de trámite en el apart. 5 de su voto: "esta acción persigue principalmente, que los jueces establezcan cómo deben comportarse en el futuro los agentes policiales. Para ello, sin entrar en consideración sobre la prueba aportada, sus promotores asumen que este comportamiento será ilegítimo, pues sostienen que estos actuaron bajo estándares discriminatorios, que no respetarán el derecho de defensa de quienes sean sometidos a procedimientos y que reprimirán una conducta que entienden legítima".

Las violaciones a la Constitución Nacional, a la CCBA y a las normas internacionales de aplicación obligatoria que han sido denunciadas por los accionantes son fundadas, e implican la afectación de derechos y garantías constitucionales (derecho de defensa, el debido proceso, prohibición de discriminación y arbitrariedad de sentencia).

En los apartados que siguen trataré por separado cada uno de los agravios aunque está implícita en la presentación del recurso, y también en los argumentos de mi voto, que hay puntos de convergencia donde las afectaciones señaladas se superponen o pueden ser leídas y acreditadas desde diversas perspectivas.

4. Defensa en juicio / Debido proceso / Falta de comunicación inmediata de los derechos que asisten a los denunciantes.

El análisis de los elementos acumulados en la causa acredita que desde la intervención policial en la etapa de prevención, se afectan garantías constitucionales.

Es importante tener en cuenta que los denunciantes son extranjeros que desconocen el castellano, que son interceptados e interpelados en la calle por la policía, que en algunos casos son llevados a una comisaría y en otros a la oficina de identificación del Ministerio Público, que ven cómo se decomisan las mercaderías que tenían en su poder, que no reciben asistencia de la defensa pública en todo ese trámite y que no tienen posibilidad de comprender el motivo de su aprehensión ni pueden dar respuesta a las preguntas que se le formulan. Volveré sobre esta cuestión en el apart. 6.

Esta situación también es relevada por el señor juez de trámite (apart. 5 de su voto) como una afectación "del derecho de defensa por ausencia de intérpretes capaces de hacer comprender sus derechos a quienes deben padecer la actividad de los agentes de la Policía, pues no se está buscando prevenir un tipo de conducta ilícita sino un defecto de comunicación cuyo impacto en la defensa y, en verdad, en la persona misma del afectado, está inescindiblemente unida a ese defecto de comunicación" (conf. voto del juez Lozano).

El debido proceso se debe garantizar desde sus inicios. Los dichos de los testigos y de los comisarios prueban que no fue así (conf. acta de audiencia obrante a fs. 464/493 vta., autos principales). El propio fiscal Fernández reconoció la afectación de derechos al afirmar que "[l]e hubiera gustado que se le hubiera informado al colectivo de sus derechos, que no están obligados a firmar las actas, que también les deberían haber dicho que si firman el acta no se están incriminando porque el acta no es prueba sólo es *notitia criminis*. Entonces estas situaciones que les generan violencia les deberían ser explicadas" (fs. 489 vta./490, autos principales).

En mi opinión, la afectación no se detiene allí. El problema del idioma, la falta de traductor, la desvalorización de la lengua de los denunciantes queda evidenciada en todas las etapas procesales.

A fs. 40 vta. dice la Cámara: "Se pensará, y con razón, que el manejo de nuestra lengua requerido para comprender la solicitud de identificarse no resulta de una sofisticación tal que requiere el asesoramiento de un traductor o intérprete. No obstante, en esta instancia de inmediación las necesidades de comunicación fehaciente se van incrementando desde el punto de vista normativo". Y más adelante (fs. 40 vta./41) afirma que la obligación determinada por el art. 4º de la ley 12 "que dispone que se debe designar un intérprete cuando el imputado/a no pudiere o no supiese expresarse en español" solo aparece "como deber del órgano fiscal de oír al presunto contraventor (art. 41, ley 12)".

La argumentación de la Cámara para la cual sólo es necesario algo de conocimiento para entender el procedimiento policial es una manifestación de prejuicios coloniales, según los cuales las lenguas de los Estados colonialistas (y por extensión el idioma nacional de un Estado) son parte de la cultura universal —presuponiendo así la obligación de saberlas por parte de aquellos que son colonizados o en su defecto que conforman una minoría lingüística— mientras que las lenguas propias de las culturas que fueron sometidas al orden colonial o que se desconocen por variadas circunstancias son reducidas a un particularismo exótico, sin reconocimiento institucional. Esta concepción incide directamente en el reconocimiento y la protección de los derechos de ciertos individuos o grupos.

Dice la Cámara que no puede pretenderse que "aquella persona que deba ser identificada o frente a la cual deba labrarse un acta documentada del procedimiento, tenga derecho a frustrar esa actividad oficial al privilegiar su derecho a transitar libremente por la Argentina" (fs. 36). De esa manera desconoce las observaciones sobre Argentina realizadas en el año 2004 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, donde exhortó al Estado argentino a que aumente sus esfuerzos para mejorar las condiciones de protección y las salvaguardias en el caso de refugiados, en particular, facilitando servicios de interpretación (conf. punto 13). El desconocimiento de los jueces de la Sala I que vengo señalando no se hace cargo de la imposibilidad de comunicación y de la carencia de traductores oficiales de wolof, que no sólo fueron invocadas por los accionantes, sino que quedaron probadas en las audiencias que se celebraron en el Tribunal Superior y en la propia Cámara, y reconocida por ésta al punto de que cree necesario informar al Consejo

de la Magistratura de esta Ciudad de la "dificultad para la obtención de traductores del dialecto wolof… a los efectos que se estime corresponder" (fs. 41).

Sin embargo, son los mismos jueces los que admiten que no pueden ignorar "las dificultades a las que se enfrenta cualquier ciudadano extranjero fuera de su tierra, que resultan mayores si sus condiciones socio-económicas son desfavorables, la excursión foránea no es del todo voluntaria, y si por sus características se distinguen de la gran mayoría de los habitantes del ámbito que los recepta" (fs. 38 vta./39).

Si estos hechos no se pueden ignorar, y se los ignora antes y durante el transcurso de un juicio, parece indudable que el derecho a la defensa y el debido proceso han sido omitidos, como ocurrió en este caso.

Es necesario insistir en que el derecho a ser oído, entendido y de comprender es parte de la garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, y que no pueden verse limitados en ningún caso en el que estén en juego derechos humanos. Como señala Seyla Benhabib:

"[Se trata] de la reivindicación del derecho de todo ser humano 'a tener derechos', es decir, a ser una persona legal, con ciertos derechos inalienables, no importa cuál sea su condición de membresía política. La condición de forastero no debería privarlo a uno de derechos fundamentales… [Este modelo] debe acomodarse con prácticas que sean no discriminatorias en su alcance, transparentes en su formulación y ejecución y justiciables cuando sean violadas por Estados y otros órganos de tipo estatal".[30]

Desde una línea de análisis distinta dice Appadurai que: "…las minorías son una categoría social y demográfica reciente, y en la actualidad generan nuevas preocupaciones relativas a derechos (humanos y de otros tipos)… debido a su ubicación en la insegura zona gris que se extiende entre los ciudadanos propiamente dichos y la humanidad en general, promueven nuevos modos de análisis de las obligaciones del Estado, así como de los límites de la humanidad política... [Y] sus idiomas exacerban las preocupaciones sobre la coherencia cultural de la nación. Sus estilos de vida son un modo sencillo de desplazar las tensiones comunes de la sociedad, especialmente en las sociedades urbanas".[31]

5. Arbitrariedad.

La Cámara entiende que el *habeas corpus* es procedente cuando exista una amenaza cierta de sufrir seguimientos u hostigamientos arbitrarios por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público, sustentados en motivos raciales (fs. 36).

A partir del encuadre puesto a fs. 36, como se verá en lo que sigue, los jueces incurrieron en distintas formas de arbitrariedad en la etapa probatoria.

[30] Benhabib, Seyla: *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 14-15.

[31] Appadurai, Arjun: *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Tusquets, Barcelona, 2007, pp. 59-60/63.

5.1. La acción interpuesta involucra una violación de derechos humanos. Por ello, la carga de desvirtuar tales denuncias la tiene el Estado, ya que es el obligado a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en virtud de los compromisos internacionales asumidos en la materia y, paradójicamente, el presunto perpetrador a través de sus diversos órganos —entre los cuales se encuentran inclusive los Tribunales— de la violación de derechos denunciada.

En estos autos, es notoria la deficiencia probatoria del Estado, representado en el juicio por el Ministerio Público Fiscal y los responsables de las Comisarías N$^{os.}$ 16 y 8. Ninguna de sus aportaciones puso en crisis las manifestaciones ni la prueba de los actores. Es más, algunas de sus consideraciones corroboran la denuncia.

Así por ejemplo, el letrado de la PFA afirmó que "[p]ersonalmente ha asistido a cientos de funcionarios policiales en procedimientos judiciales denunciados… por no reprimir venta ambulante, etc. Hay que ponerse de acuerdo sobre qué se hace: ¿se le dice a la policía que haga o que no?... No existe necesidad de traducción o lectura de derechos" (fs. 489, autos principales).

Los jueces intervinientes, que están comprendidos dentro de la obligación estatal de asegurar la plena vigencia de derechos, afirman en su sentencia, tener en claro la dimensión del problema social al que se enfrentan, "a las problemáticas socioculturales que han quedado expuestas a lo largo de la audiencia" (fs. 39) y a las dificultades de todo orden que padecen los inmigrantes y/o refugiados extranjeros (fs. 38 y vta. ya citado).

Sin embargo ni siquiera intentaron suplir de oficio la ineficiencia de los otros funcionarios ordenando, por ejemplo, medidas para mejor proveer.

5.2. Los denunciantes declararon pormenorizadamente y en coincidencia con el escrito de inicio, cuáles eran los actos, expresiones y procedimientos irregulares que motivaran la interposición del *habeas corpus* colectivo. Aportaron, además, diversos medios probatorios.

Sin embargo, la prueba producida por la actora fue calificada por la Cámara como insuficiente con argumentos insostenibles frente su propia inacción y a las consideraciones que incluyera en la sentencia, algunas de las cuales ya han sido referenciadas y otras aparecerán en los próximos apartados.

5.3. Otra forma de arbitrariedad de la Cámara se expresa en la desvalorización injustificada de las declaraciones de testigos oculares, que no han sido desvirtuadas en la causa, pese a que los jueces calificaron a una de ellas (v. gr. declaración de M. Miera, fs. 38) como insoslayable, porque "no pertenece a dicha comunidad y expresa que después de tantos años de venta en la calle ha tenido muchas causas y que los procedimientos se realizan contra los pobres y las personas que menos tienen".

Es preciso detenerse en las manifestaciones de Meira (fs. 474 vta./475 vta.). Lleva casi veinte años trabajando en Constitución, es pensionada y vendedora ambulante desde los años noventa, "estuvo catorce meses detenida por la venta ambulante y después no pudo ni ser acusada por el fiscal", pertenece a una or-

ganización denominada “Madres de Constitución” y presenció el procedimiento policial del día 6 de enero “que tuviera como eventual protagonista a una persona de la comunidad afro, que vio otros procedimientos en su contra y contra otros compañeros que estaban caminando por la calle Brasil”. Dice que varios patrulleros se dirigieron hacia el lugar, que la policía les sacó la mercadería, que “se prestó a ser testigo pero no la quisieron tomar… esta gente no hablaba castellano, les decían que los iban a llevar porque no tenían documento y ellos mostraban los documentos”. Agrega que le llamó la atención que la policía venía con dos personas “uno de ellos menor y los traen como testigos cuando saben que eran unos delincuentes que trabajan como proxenetas repartiendo tarjetas para ir a los prostíbulos” y exhibe una de esas tarjetas. Continúa declarando que lo “detuvieron de mala manera, lo subieron al patrullero y querían llevarse las baratijas sin control y sin acta. Que fue a la Fiscalía y allí no fueron, fueron primero trasladados a la seccional policial… el detenido no entendía el idioma, no le leyeron sus derechos, no llamaron a un médico a pesar de que uno de los señores pedía médico”. Agrega que ve habitualmente estos procedimientos, que los persiguen a ellos por pobres y por ser los de abajo. Con otros senegaleses que fueron llegando se dirigieron a la Fiscalía donde “no sabían nada y la persona detenida no estaba allí. Lo trajeron después en el patrullero cuando habían pedido por él, aclara que la Fiscalía es la que se encuentra en la calle Combate de los Pozos”.

Por su lado, Héctor Diego Martínez Gutiérrez (fs. 476/477), quien pertenece a un movimiento que trabaja por los derechos de los afrodescendientes desde hace más de veinte años, manifiesta que “la inserción de las personas africanas en este país es muy complicada”, que ha sido testigo y víctima de maltrato. “En este caso en particular, refiere que vio como le sacaron las cosas a un afrodescendiente… le dijeron negro de mierda… que molestan a la comunidad afro por el único motivo de ser negro o tener cara de indio, ningún otro motivo”. En lo demás coincide con Meira en que no hubo traductor, ni le leyeron sus derechos ni le informaron del marco en que la causa se realizaba. Añade que ha presenciado otros procedimientos similares.

5.4. El modo en que la Sala I desconoce toda relevancia a los informes técnicos aportados en el expediente agravan la arbitrariedad de la resolución que dictara. Aquí como en el caso de la testimonial, no se trata siquiera de discutir la pertinencia de estándares internacionales de evaluación de pruebas en materia de DDHH, sino del apartamiento inexplicable e inexplicado de la práctica que más habitualmente, casi como una rutina procesal, siguen los jueces respecto de los elementos glosados a un expediente ordinario.

Es así que del informe de CAREF (fs. 432/462, autos principales), que no fue desvirtuado por el Estado, la Cámara se limita a indicar que fue producido en la etapa de la audiencia, sin analizar su contenido. El fiscal en su alegato, sólo intenta una burda descalificación *ad hominem*, al poner en duda la idoneidad de la Sra. Ligouri (fs. 491 vta., autos principales), sin ofrecer prueba alguna que desvirtúe la información contenida en el informe.

Insisto, es arbitraria la actuación judicial cuando omite toda referencia a una documentación cuyo contenido no fue objeto de impugnación por el Ministerio Público Fiscal, y del que surgen datos que guardan estrecha vinculación con las cuestiones debatidas en el proceso.

Respecto del informe del Sr. N. C. Sukama, la evaluación fue también arbitraria. La Cámara objetó sin sustento pericial la idoneidad de la metodología utilizada por el investigador, afirmando simplemente que "45 no es un número representativo sobre 2.000". Paradójicamente la cifra de 2.000 que la Cámara toma como referencia válida para descalificar la muestra como insignificante, fue aportada por el propio Sr. Sukama. Esto es un claro ejemplo de la lectura selectiva y parcial que realizara la Cámara de la información brindada por el investigador, sin tomar en consideración la relevancia de esa información, si tomamos en cuenta que la Argentina carece de registro oficial alguno que dé cuenta del número de residentes afro y afrodescendientes.

Esta circunstancia no pasó inadvertida en el último informe sobre Argentina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial fechado el 15/2/2010, donde se recomienda:

"Que el Estado parte consulte ampliamente para la preparación de su próximo informe periódico con las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el campo de la protección de los derechos humanos, en particular en la lucha contra la discriminación racial [y se afirma que] el Comité observa que el Estado parte está por realizar un nuevo censo poblacional en 2010 que contará con preguntas de autoidentificación, en particular para su población indígena y afrodescendiente. Al igual que en las observaciones finales de 2004, el Comité recuerda al Estado parte que dicha información es necesaria para evaluar la aplicación de la Convención y supervisar las políticas en favor de las minorías y los pueblos indígenas" (conf. puntos 32 y 18 respectivamente).

En las complejas sociedades de hoy, los grupos de extranjeros, migrantes, refugiados se cuentan por miles:

"Sus movimientos, mezclas, estilos culturales y representación en los medios de comunicación crean profundas dudas acerca de quiénes exactamente se hallan dentro del 'nosotros' y quienes dentro del 'ellos'… Las formas de tal incertidumbre, ciertamente, son varias. Un tipo de incertidumbre que es reflejo directo de las preocupaciones relativas al censo: ¿cuántas personas de tal o cual condición existen realmente en un territorio dado? O, en el contexto de una emigración rápida o movimiento de refugiados, ¿cuántos de 'ellos' están ahora entre nosotros?... Al final, estas variadas formas de incertidumbre crean una ansiedad intolerable respecto a la relación de muchos individuos con los bienes provistos por el Estado, desde vi-

vienda y salud hasta seguridad y condiciones de salubridad, pues estos derechos con frecuencia están ligados a quién eres 'tú' y, por lo tanto, a quiénes son 'ellos'".[32]

Por otro lado es importante señalar que afirmaciones tendientes a relativizar la denuncia a partir de la calificación de los casos como "pocos" es una forma de invisibilizar las prácticas cotidianas que a nivel micropolítico —por usar la conocida expresión foucaultiana— sostienen la naturalización de las prácticas racistas. Aquí qué mejor ejemplo que la larga historia que tuvieron que atravesar los movimientos contra las violencias de género para que estas sean reconocidas como tales. Violencias cuyo reconocimiento aún no se ha logrado de forma acabada y respecto de la cual la audiencia de fecha es un triste ejemplo. El relato de uno de los comisarios acerca del modo en que se llevan a cabo los procedimientos policiales por las contravenciones previstas en los arts. 81 y 83 del Código, según el cual "respecto de 'los travestidos' ni siquiera se llama al fiscal" (el destacado es mío), no mereció consideración alguna por parte del señor fiscal de Cámara (en violación del mandato contenido en el art. 125 de la CCBA y en el art. 17 inc. 2º, ley 1903) ni de los señores camaristas respecto de la violación de la identidad de género de las travestis ni de la manifiesta arbitrariedad del procedimiento —tal como surge del registro audiovisual de la audiencia y de fs. 480 vta.—. El acta labrada contra el Sr. Bara por "cuatro cadenitas y una cadenita dorada" (fs. 29) es otro ejemplo contundente de cómo funciona el hostigamiento a pequeña escala.

5.5. De la importancia del testimonio de los denunciantes, la Cámara tampoco dio cuenta de manera acabada, ni realizó ningún esfuerzo por articular prueba indiciaria. En lo que hace a la importancia del testimonio de las víctimas y al valor de la prueba indiciaria, la decisión recurrida contradice criterios consagrados por la Corte IDH, sin dar razones que justifiquen esa postura. Así en el caso "Yean y Bosico vs. República Dominicana", del 8/9/2005, la Corte sostuvo que: "Las manifestaciones de las presuntas víctimas tienen un valor especial, al igual que las manifestaciones de los familiares, ya que son ellos quienes pueden proporcionar mayor información sobre las consecuencias de las violaciones que pudieron haber sido perpetradas en su contra [conf. caso 'Yatama', sentencia del 23/6/2005, Serie C, Nº 127, párr. 116; caso 'Comunidad Indígena Yakye Axa', *supra* nota 16, párr. 43; y caso de la 'Comunidad Moiwana, (Sumo) Awas Tingni'. Excepciones Preliminares, sentencia del 1º/2/2002, Serie C nº 66, párr. 84]".

A su vez en el caso "Velázquez Rodríguez" del 29/7/1988, la Corte afirmó que "la práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia", y que "la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse".

[32] APPADURAI, Arjun: *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, Tusquets, Barcelona, 2007, pp. 18-19.

5.6. En síntesis, tiene entidad constitucional el agravio por arbitrariedad de la sentencia, en atención a que la consideración de la prueba tal como se hiciera en este juicio viola garantías constitucionales: la legalidad del proceso, la imparcialidad y fundamentación de la decisión judicial, o dicho en otros términos el debido proceso y el derecho de defensa, y como se verá en lo que sigue, desconoce la discriminación denunciada.

6. De la discriminación denunciada.

6.1. Dada la arbitrariedad con que fue evaluada la prueba en este proceso, corresponde ahora analizar si asiste razón a la demandante, respecto de la alegada discriminación racista y xenófoba sufrida por inmigrantes africanos —en especial senegaleses— que realizan venta ambulante en el barrio de Constitución, en virtud del accionar sistemático de los agentes de la Policía Federal.

Según la accionante tal discriminación sería tanto directa como indirecta. La primera estaría configurada por el trato violento, denigrante e injurioso que reciben; y la segunda por el impacto desigual que los procedimientos iniciados por invocación del art. 83 del Código de Convivencia de la CABA, tienen en la colectividad afro.

En virtud de su objeto, la denuncia de autos debe ser considerada en el marco de los estándares prescriptos por el sistema de protección integral de los derechos humanos, consagrado por los tratados internacionales que integran nuestra Constitución Nacional. El mismo establece una serie de garantías que protegen en términos generales contra la discriminación, y una serie de garantías y derechos especiales en función de la condición de las supuestas víctimas.

6.2. Tal como ya señalé, en el caso se trata de un colectivo pasible de sufrir en forma simultánea discriminación u opresión por múltiples variables, a saber: el color de su piel, su origen nacional y étnico, su condición de migrantes —en muchos casos en carácter de refugiados—, su idioma y la situación de pobreza, entre otros.

A su vez, el ámbito geográfico en el que se sitúa la denuncia posee características socioeconómicas que profundizan la situación de especial vulnerabilidad.

Según el Anuario Estadístico 2007, *Panorama Social y Económico de la Ciudad de Buenos Aires*, publicado por la Dirección General de Estadística y Censos del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad, pp. 94/96/103:

"Históricamente, la zona sur se ha caracterizado por presentar la peor situación social y económica de la Ciudad, tanto en sus aspectos demográficos, educativos y de salud como en los concernientes al mundo del trabajo, donde se observan guarismos elevados en los niveles de desocupación y subocupación en relación al resto de los habitantes de la Ciudad y un mayor peso relativo de puestos de trabajo precarios e informales. Precisamente, en esta zona se verifica una presencia mayor de población en 'villas de emergencia' y 'asentamientos'... [D]urante 2007 la zona sur presenta los indicadores más desfavorables del mercado de trabajo, registrando 5,5 % de población desocupada y 52,6 % de ocupados. Al contrario, la zona norte

registra la mejor situación dentro del mercado laboral porteño en la medida en que presenta simultáneamente altos niveles de ocupación (61,5 %) y baja proporción de población desocupada (2,8 %) … En cuanto a la precariedad de la inserción laboral por zona de residencia de los trabajadores se observa claramente que los de la Zona C (sur) son los más afectados por esta problemática ocupacional: 41,2 % de los trabajadores está bajo condiciones de vulnerabilidad laboral".

En el mismo sentido, el Anuario Estadístico 2007 publicado por la misma dependencia, indica que la zona sur es la que registra el mayor porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza: 12.1, cifra que en la zona norte se reduce al rango de 0.0 – 3.9 (conf. Mapa 6.2, p. 436).

Esta situación de carencia socio-económica, es puesta de manifiesto a su vez en el Primer y Segundo Informe de Conflictividad (correspondientes a los años 2007 y 2008 respectivamente), elaborados y publicados por el Ministerio Público de la Ciudad, a través de los mapas de distribución territorial del conflicto contravencional. Significativamente, la zona a la que se le atribuye mayor conflictividad es la de Constitución (pp. 43 y 92 respectivamente), lugar donde se labra la mayor cantidad de actas de toda la Ciudad por presunta violación de los arts. 81 (oferta y demanda ostensible de sexo) y 83.[33]

Se cumple de esa forma, aquello que teorizara Étienne Balibar, al afirmar que "los temas que legitiman el racismo como una suerte de reacción defensiva de una identidad nacional y de una seguridad social 'amenazadas' son ampliamente admitidos por numerosos estratos en todas las clases sociales, aun si sus formas más extremas generalmente no son aprobadas (¿o *todavía* no lo son?): en especial, la idea de que la presencia de gran cantidad de extranjeros o inmigrantes, supondría un riesgo para el nivel de vida, el empleo, la paz pública, y la idea de que ciertas diferencias culturales —a veces, demasiado molestas— constituirían obstáculos insuperables para la convivencia"[34] [y que] "toda pertenencia estigmatizada o 'histerizada' tiene tendencia a coincidir con relaciones de explotación, de competencia o de desigualdad económica… [prácticas] que sugieren una especie de retirada de la capacidad hegemónica del Estado (en el sentido de Gramsci) hacia una función simplemente coercitiva o represiva, combinada con la gestión defensiva de las obligaciones monetarias".[35]

Por lo tanto, a la situación de pobreza y vulnerabilidad compartida por la mayoría de los habitantes de la zona sur de de la Ciudad, se suman en el caso los múltiples factores de vulnerabilidad señalados *supra*. Esto obliga a los agentes es-

[33] Según el primero de dichos informes, el 53 % del total de actas labradas durante el 2007 son en virtud de esos dos artículos, véase gráfico nº 14, p. 52.

[34] En *Violencias, identidades y civilidad. Para una cultura política global*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 49.

[35] En *Derecho de ciudad. Cultura y política en democracia*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2004, pp. 38-39.

tatales —y en especial a los jueces— a aplicar con la máxima rigurosidad y cuidado los múltiples estándares internacionales en materia antidiscriminación.

Al respecto, en el Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en la Durban del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, se afirma:

"Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición (punto 2)… Observamos con preocupación que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia pueden verse agravadas, entre otras cosas, por una distribución no equitativa de la riqueza, la marginación y la exclusión social (punto 9)… Recalcamos que la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas están estrechamente vinculadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia y contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan más pobreza (punto 18)".

6.3. Tal como ya adelanté, en el marco de un proceso en el que se evalúa la posible violación de derechos humanos por causales discriminatorias, el régimen de prueba y su calificación posee características particulares. Esto se debe a que las concepciones tradicionales de los litigios contradictorios no dan cuenta de la situación de desventaja —o, en muchos casos, imposibilidad absoluta— de las víctimas de violaciones de DDHH para producir prueba, máxime cuando el denunciado es el propio Estado. De allí que la carga de desacreditar la denuncia de una violación de derechos humanos recaiga fundamentalmente en el Estado.

En el caso, los accionantes han aportado prueba testimonial y documental para dar sustento suficiente a su denuncia. Tal como señalé, algunas de dichas pruebas no fueron consideradas, otras lo fueron de manera arbitraria, y en ninguno de los dos casos fueron desvirtuadas de manera fundada ni por los representantes de la Policía, ni por el Ministerio Público ni por los jueces intervinientes. En el reciente caso conocido como "Campo Algodonero" del 16/11/2009 la CIDH reafirmó (conf. punto 289) el criterio que había establecido en el ya citado caso "Velázquez Rodríguez", a saber:

"La investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona… debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad,

resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado" (conf. punto 147).

En sentido similar en el caso "Opuz c/Turquía" del 9/6/2009, la Corte Europea de DDHH sostuvo:

"Los procedimientos de la Convención no en todos los casos llevan a una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* ('aquel que hace un alegato debe probar dicho alegato' 'Aktaş vs. Turquía' (extractos), no. 24.351/94, § 272, ECHR 2003-V). En ciertas circunstancias, donde los eventos en cuestión recaigan enteramente, o en gran parte, dentro del conocimiento de las autoridades, la carga de las evidencias puede recaer en que las autoridades den una explicación satisfactoria y convincente" (conf. punto 179).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al informar el caso "Wallace de Almeida c/Brasil" del 20/3/2009, sostuvo:

"En la práctica de motivos racistas, resulta extremadamente dificultoso. La obligación del Estado en cuestión de investigar todo tono racista de un acto violento, consiste en emplear sus mejores esfuerzos" (conf. punto 140).

Asimismo debo destacar que los denunciantes han dado testimonio más de una vez en el proceso, sin que sus dichos parezcan haber tenido peso alguno en la conformación de la opinión de los jueces, contrariando lo dispuesto en el caso "Yean y Bosico vs. República Dominicana", ya citado.

Alguna sospecha no explicitada respecto de la veracidad de esos testimonios parece atravesar la actuación de los magistrados que intervinieron a lo largo de todo el proceso. Y a ello se añade un cierto desinterés respecto de los posibles efectos negativos del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, en la propia administración de justicia y en la imparcialidad de sus juicios. Tal vez el mejor ejemplo sea cómo fue indagado el testigo Sukama cuando presentó su informe. Las consultas que le fueran formuladas acerca de la obra de Senghor (conf. 478 vta.) —de total irrelevancia para lo discutido en autos— constituyen una forma de violencia institucional que parece tener como única finalidad poner en duda públicamente su experticia. Aun cuando la intención fuera otra, no deja de ser una manifestación racista bajo la óptica que Edward Said desarrollara en su conocida obra *Orientalismo*.

Por fin, la sospecha respecto de la veracidad de los testimonios de los denunciantes y los testigos, implica ignorar el riesgo de sufrir represalias que corre una persona en situación de extrema vulnerabilidad, que a pesar de su precaria situación decide formular una denuncia contra autoridades públicas. La detención por el lapso de 14 meses de la Sra. Meira —testigo en esta causa— en ocasión de la reforma del Código de Convivencia y su posterior sobreseimiento, son una buena demostración de lo que vengo señalando.

6.4. Resta por abordar la cuestión relativa a existencia o no de un perfil de actuación de contenido racista o xenófobo.

La Recomendación Nº 11 Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, que fuera citada por los denunciantes, define a la expresión "creación de perfiles raciales" como la utilización de bases tales como la raza, el color, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para el control, la vigilancia o las tareas de investigación que involucren detenciones, revisaciones, controles de identidad, requisas personales entre otros actos (conf. aparts. 1 y 36). Asimismo establece que "de la misma manera que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación racial indirecta… En otras palabras, la policía puede utilizar (sin una justificación objetiva y razonable) criterios que aparentemente son neutrales, pero que impactan de manera desproporcionada sobre un grupo de personas individualizado en base a su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico" (conf. apart. 38).

Los denunciados no han producido prueba tendiente a desvirtuar la presunción de accionar racista o basado en perfiles raciales. Al respecto, el Ministerio Público sólo citó cifras totales de la cantidad de actas labradas en los últimos años en virtud de la aplicación del art. 83. Por su parte, el letrado de la PFA en la audiencia de fecha 12/8/2009, se limitó a afirmar que: "[La] intervención [de la policía] no es selectiva, sino normal y habitual y controlada por los fiscales de la Ciudad… [y que l]a estadística por sí sola no dice nada. Si se dice que mueren 38 personas por gripe A, es mucho; pero si se lo compara con más de 3.000 que mueren por gripe común no es una proporción tan importante" (fs. 467, 488 vta. y 489).

A esta altura importa volver sobre los informes de Gestión y de Conflictividad del Ministerio Público Fiscal y agregar lo que sigue.

En el *Primer Informe Anual de Gestión. Abril 2007/Mayo 2008*, se publican las conclusiones de una investigación ordenada por la resol. FG 96/07, a los efectos de monitorear el uso y la adaptación por parte de las Fiscalías de primera instancia al sistema JusCABA. Bajo el título "Sobre el autor del hecho" se detalla la forma y los motivos por los que se registra información referida a los imputados/as de contravenciones, de la siguiente forma:

"A medida que en JusCABA se van ingresando datos de imputados, éstos conforman un listado… este listado, tal como la planilla de alta de expedientes, posee una serie de campos obligatorios que comprenden nombre, apellido, tipo y número de documento. Luego, respecto de otros campos de importancia como *género,* la *edad, domicilio y nacionalidad,* resultaría de alta relevancia que su carga sea obligatoria. *Ello sería de suma utilidad tanto para la gestión procesal como para el análisis de los patrones de conducta que determinan la conflictividad y, además, para otras evaluaciones de política criminal o contravencional…//* La carga normalizada (listados taxactivos y predeterminados de calles, plazas, estaciones, etc.) del lugar del hecho tiene el potencial de proveer a los magistrados del Ministerio Público Fiscal de mapas de su zona de trabajo donde se reverencien los focos de conflictos y las conductas más reiteradas, una visión integral que se traduce en una herramienta de suma utilidad para la investigación… Se presenta como necesaria la

implementación de campos obligatorios adicionales al momento de la carga de datos personales de los imputados *a fin de trazar perfiles de edad, género, nacionalidad, etcétera*" (pp. 247 y 255 el destacado es mío).

Se publican también los informes particulares de cada una de las fiscalías de primera instancia con competencia en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas. En el elaborado por la nº 3 a cargo de Marcela A. Solano y Adrián N. Martín, se destaca:

"Otra dificultad no menor que afrontó la unidad durante el año de gestión 2007 ha sido la de procurar eliminar la denominada 'estadística policial' que se sostiene en el labrado de actas contravencionales en casos en los que no existe contravención alguna o bien haciéndolo sin los medios probatorios mínimos que permitirían dar continuación al procedimiento contravencional. Dentro de éstas la Fiscalía destacó las previstas en los arts. 71, 79, 80, 81 y 83 del CC" (p. 147).

Las transcripciones de documentos oficiales y públicos, sumados a la arbitrariedad de la evaluación de la prueba de los denunciantes, hace presumir entonces la existencia de la práctica denunciada.

7. Conclusiones generales.

7.1. Como anticipara en los apartados anteriores, corresponde hacer lugar al recurso contra la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara.

Son fundados los agravios expuestos por los accionantes, y han quedado demostradas las violaciones a la defensa en juicio, al debido proceso, a la obligación de comunicación inmediata de los derechos que asisten a los denunciantes, como así también la arbitrariedad de la sentencia en la valoración de la prueba y la discriminación de la que son víctimas miembros de la comunidad afro —y muy especialmente la senegalesa— en el ámbito del barrio de Constitución.

7.2. En cuanto a la interpretación del art. 83 del CC entiendo que es una cuestión ajena al objeto de la acción de *habeas corpus*, que no fue materia de decisión del tribunal superior de la causa. Ello me exime de ingresar en su tratamiento, sin perjuicio de dejar señalado como *obiter dictum,* que ya he expresado opinión en cuanto al sentido del art. 83 CC (conf. mis votos en expte. nº 6162/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"; expte. n° 6495/09 "Medina, Raúl Dionisio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; y expte. nº 6217/08 "Mena, Ubaldo Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mena, Ubaldo Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'".

7.3. Coincido con el señor juez de trámite en que debe admitirse la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y ordenar a la Policía Federal, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Ministerio Público Fiscal, las medidas que mi colega el juez Lozano individualiza en los puntos I y II del dispositivo de su voto.

7.4. Ahora bien, habiendo admitido los agravios referidos a la arbitrariedad de la sentencia y a la discriminación que padecen los accionantes es imprescindible, en mi opinión, ampliar las obligaciones que se imponen al Estado en consonancia con los mandatos, sugerencias y recomendaciones que emanan de reglas del derecho internacional y de decisiones de tribunales internacionales.

El Programa de Acción de Durban, el Informe 2010 sobre la Argentina del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, la Recomendación Nº 11 Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial de la U.E., el fallo "Campo Algodonero" de la Corte Interamericana —ya citados en otros apartados— conforman un plexo normativo y una guía hermenéutica relevante en situaciones como las que han quedado demostradas en esta causa y que, por su especificidad, no pueden ser ignorados por ninguno de los poderes del Estado argentino incluidos los locales.

La institución policial, los organismos administrativos de prevención y de modo muy particular los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal deben asumir la responsabilidad de erradicar toda práctica que suponga la afectación de derechos y garantías de grupos cuya vulnerabilidad extrema es la consecuencia de la confluencia de múltiples formas de discriminación, como ocurre con quienes denunciaron en esta causa la situación del colectivo de senegaleses residentes en la Ciudad de Buenos Aires.

Quiero transcribir, por su pertinencia y a la luz de la sentencia que fuera objeto de recurso en estas actuaciones, el apart. 243 del fallo "Campo Algodonero" de la Corte Interamericana:

"La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (conf. caso 'Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas', sentencia de 6/4/2006. Serie C nº 147, párr. 81; caso 'Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas', sentencia de 29/3/2006. Serie C nº 146, párr. 154; y caso de la 'Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas', sentencia de 31/1/2006. Serie C nº 140, párr. 111)".

Asimismo, el punto 30 del Programa de Acción de Durban insta a los Estados a que "garanticen que los migrantes, independientemente de su situación, que hayan sido detenidos por las autoridades públicas sean tratados de forma humana e imparcial y reciban protección jurídica y, en su caso, la asistencia de un intérprete competente de acuerdo con las normas pertinentes del derecho internacional y de derechos humanos, particularmente durante los interrogatorios… [Asimismo respecto de los refugiados] exhorta a los Estados a cumplir sus obligaciones dimanantes de la normativa internacional de los derechos humanos y del derecho de los refugiados y humanitario que se refieren a los refugiados, los solicitantes de asilo y las personas desplazadas e insta a la comunidad internacional a que les brinde protección y asistencia de forma equitativa y teniendo debidamente en cuenta sus necesidades

en diversas partes del mundo, de conformidad con los principios de la solidaridad internacional, el reparto de la carga y la cooperación internacional, para compartir las responsabilidades… [y] a que reconozcan el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a que están expuestos los refugiados al intentar integrarse en la vida de las sociedades de sus países de acogida y alienta a los Estados a que preparen estrategias para hacer frente a esta discriminación y a que faciliten el pleno disfrute de los derechos humanos de los refugiados, de acuerdo con sus obligaciones y compromisos internacionales. Los Estados partes deberían procurar que todas las medidas relacionadas con los refugiados estén en perfecta consonancia con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967" (conf. puntos 30 y 35).

La Recomendación Nº 11 Contra el Racismo y la Discriminación Racial en la Actividad Policial ya citada, recomienda:

"*II.5.* Garantizar que la prohibición legal de discriminación racial directa e indirecta alcance a las actividades de la policía; *6.* Entrenar a la policía en materia de derechos humanos, incluyendo el derecho a no sufrir racismo ni discriminación racial, y en las disposiciones legales contra el racismo y la discriminación racial en vigor; *7.* Tomar medidas para que la policía sea consciente del hecho de que los actos de discriminación racial y las conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza no serán tolerados;… *8.* Establecer mecanismos de apoyo y asesoramiento a las víctimas de la discriminación racial o de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía; *9.* Garantizar una investigación eficaz de los presuntos casos de discriminación racial o de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía, y garantizar que los autores de estos actos sean adecuadamente sancionados; *10.* Establecer un cuerpo, independiente de la policía y de los titulares de la acción pública en materia penal, encargado de la investigación de presuntos casos de discriminación racial y de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía…// *I.* En lo que concierne a la creación de perfiles raciales: Definir claramente y prohibir por ley la creación de perfiles raciales. A los efectos de la presente Recomendación, se entenderá por creación de perfiles raciales a: 'La utilización por la policía, sin una justificación objetiva y razonable, de bases tales como la raza, color, idioma, religión, nacionalidad o el origen nacional o étnico para el control, la vigilancia o las actividades de investigación' (apart. 1 de la Recomendación)…// *28.* La creación de perfiles raciales es el uso por la policía de determinadas bases para el control, vigilancia o actividades de investigación, sin una justificación objetiva y razonable. El uso de estas bases no tiene una justificación objetiva y razonable si no persigue un fin legítimo, o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue.// *29.* La ECRI acentúa que aun cuando en términos abstractos existe un objetivo legítimo (por ejemplo la prevención de desórdenes o delitos), el uso de estas bases para el control, vigilancia o actividades de investigación difícilmente se pueda justificar fuera de los casos en que la policía actúa en base a una descripción específica de un sospechoso dentro de los

límites temporales correspondientes, es decir, cuando se sigue un indicio específico relativo a las características que identifican a una persona implicada en una actividad delictiva específica. Para que la policía evite la creación de perfiles raciales, el control, vigilancia o actividades de investigación, deben basarse estrictamente en el comportamiento individual y/o la inteligencia acumulada…// *36.* La expresión 'creación de perfiles raciales' se refiere al control, vigilancia o actividades de investigación. Entre los actos que entran en esta definición se incluyen: detenciones y revisaciones; controles de identidad; inspección de vehículos; requisas personales… Si bien esta lista no es exhaustiva, las actividades policiales que se llevan a cabo con fines distintos al control, vigilancia e investigación (como el tratamiento de personas privadas de su libertad) no entran en la definición de la ECRI de creación de perfiles raciales. Sin embargo, estas actividades también pueden estar en contra de la prohibición de discriminación racial (en este punto, véase la Sección II)…// *38.* De la misma manera que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación racial indirecta (véase la definición de discriminación racial indirecta a continuación en el apart. 49-b). En otras palabras, la policía puede utilizar (sin una justificación objetiva y razonable) criterios que aparentemente son neutrales, pero que impactan de manera desproporcionada sobre un grupo de personas individualizado en base a su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Por ejemplo, la creación de un perfil que exhorta a la policía a detener a todas las mujeres que lleven un pañuelo en la cabeza podría constituir la creación de un perfil racial en la medida en que afectaría de manera desproporcionada a las mujeres musulmanas y no tendría una justificación objetiva y razonable. La prohibición de creación de perfiles raciales alcanza también a estas formas indirectas. Además, del mismo modo que la discriminación racial, la creación de perfiles raciales puede tomar la forma de discriminación por asociación. Esto ocurre cuando una persona es objeto de discriminación sobre la base de su asociación o contactos con personas individualizadas por uno de los motivos mencionados arriba…// El apart. 5 de la Recomendación: Garantizar que la legislación que prohíbe la discriminación racial directa e indirecta alcance a las actividades de la policía…// *49.* Con esta recomendación ECRI reitera su llamado a los Estados miembros, ya realizado en su GPR 7, para llevar a la actividad policial al ámbito de la legislación contra la discriminación. En la GPR 7, la ECRI define la discriminación racial directa e indirecta de la siguiente manera: *a)* 'discriminación racial' denotará toda diferencia de trato basada en una razón de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, que carezca de una justificación objetiva y razonable. El tratamiento diferenciado no tiene justificación objetiva y razonable si no persigue un fin legítimo, o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue. *b)* 'la discriminación racial indirecta' denotará los casos en los que un factor aparentemente neutro, como una disposición, criterio o práctica resulten menos fáciles de satisfacer por, o constituyan una desventaja para, personas pertenecientes a un grupo designado en base a la raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional

o étnico de sus miembros, a menos que este factor tenga una justificación objetiva y razonable. Este último sería el caso si persigue un objetivo legítimo y si hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue…// El art. 8° de la Recomendación: 'Establecer mecanismos de apoyo y asesoramiento a las víctimas de la discriminación racial o de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía'…// *51.* Las víctimas de discriminación racial y de conductas antijurídicas motivadas en cuestiones de raza por parte de la policía se encuentran en una situación especialmente vulnerable, ya que los agentes de policía son, en principio, los interlocutores naturales de las víctimas de estos actos cuando son cometidos por terceros.

7.5. Las reglas internacionales citadas en el apartado anterior proporcionan una base interesante para trabajar en la elaboración de un Protocolo de Actuación al que debería ajustarse la actividad de prevención policial y la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos que involucren a extranjeros, migrantes o refugiados. Para la discusión y redacción de un documento de tales características es aconsejable constituir una Comisión integrada por miembros del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público Fiscal, de la Policía Federal y de la Policía Metropolitana. Esa Comisión informará periódicamente al Tribunal Superior de Justicia acerca del estado de situación.

8. Por lo expuesto, voto por *1)* admitir la queja, *2)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *3)* revocar la sentencia impugnada y: *I.* Ordenar a la Policía Federal, a la Policía Metropolitana, al GCBA y al Ministerio Público Fiscal que extremen los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de los derechos desde el momento del primer contacto con el presunto contraventor; *II.* Ordenar a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que realicen todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal; *III.* Ordenar la conformación en el plazo de 30 días de una Comisión integrada por miembros del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos, del Ministerio Público Fiscal, de la Policía Federal y de la Policía Metropolitana. a fin de redactar un Protocolo de Actuación adecuado a las directivas reseñadas en el punto 7.4 de este voto, al que deberá ajustarse la actividad de prevención policial y la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos que involucren a extranjeros, migrantes o refugiados. Esa Comisión informará periódicamente al Tribunal Superior de Justicia acerca del estado de situación.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

I. Los actores —refugiados y peticionantes de refugio de nacionalidad senegalesa— interpusieron acción de *habeas corpus* colectivo preventivo a su favor y de todos aquellos afrodescendientes que se encuentran en iguales condiciones. Solicitaron el cese de las amenazas de restricción de la libertad y detenciones que la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal realizan por motivos raciales con-

tra ese grupo con motivo de la venta de mercadería de escaso valor y para mera subsistencia de manera ambulatoria en la vía pública.

Al cabo de la sustanciación de la causa y luego de diversas contingencias procesales, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas confirmó el pronunciamiento del juez de primer grado que rechazó el *habeas corpus*.

Contra esa decisión los accionantes interpusieron recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria fue impugnada mediante la presente queja, circunstancia que motiva la intervención de este Tribunal.

II. Coincido con el juez de trámite sobre *la admisibilidad del recurso de queja interpuesto* y la descripción de los agravios de índole constitucional vertidos por Bara Sakho en el marco del *recurso de inconstitucionalidad*, esto es; "*a)* vulneración del derecho a la libertad ambulatoria; *b)* existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público; *c)* incorrecta apreciación de la Cámara en cuanto consideró que no se encuentra acreditada la amenaza a la libertad ambulatoria; *d)* invalidez de la interpretación según la cual la venta ambulatoria para mera subsistencia se encuentra prohibida; *e)* afectación del derecho de tutela judicial efectiva basado en la denegatoria de la Cámara a la producción y/o incorporación de prueba al expediente; *f)* lesión al derecho de defensa en juicio al no garantizarse la presencia de un traductor durante todas las etapas del proceso".

III. En cuanto a *la procedencia de la vía procesal intentada,* cabe recordar que el art. 43 de la C.N. dispone: "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio". Por su parte, el art. 15 de la CCBA establece: "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, en cualquier situación y por cualquier motivo, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición de personas, la acción de *habeas corpus* puede ser ejercida por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez debe resolver dentro de las veinticuatro horas, aun durante la vigencia del estado de sitio. Puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva".

En particular, la CSJN ha dicho en los autos "Mignone" (*Fallos,* 325:524) que "si bien la actora inició la presente acción invocando las normas del amparo del art. 43, primer párrafo de la C.N., cabe recordar que la misma norma dispone en el párrafo cuarto 'cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuere la libertad física o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención [...] la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...' (art. 43, cuarto párrafo, C.N.)".

En esa misma línea, el Tribunal precisó en los autos "Verbitsky" (*Fallos,* 328:1146) que "pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *habeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla" y que "la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad".

A su vez, es dable señalar que "como se ha planteado históricamente, en la conformación de la reparación del derecho lesionado, que en el caso del *habeas corpus*, se integra la libertad ambulatoria, lo que está en juego, como valor fundamental a resguardar, es la seguridad, que se obtuvo con la conquista del individuo-persona frente al Estado. El individuo tiene derecho a ser protegido contra sus iguales y contra los abusos del poder de los gobernantes y de la policía. De igual manera, en el *habeas corpus* se resguarda el valor justicia, y con ello, el aseguramiento de la esfera de la libertad en la cual sea capaz de desarrollar su personalidad. Ahora bien, aun cuando como consecuencia de la primacía de estos valores, se logra la unidad de aplicación del derecho en la casación, la defensa y amparo ante la arbitrariedad de los poderes públicos tienen igual rango de importancia y protección" (conf. Esquivel, Claudia Liliana, "Petición originaria de *habeas corpus* y su operatividad casatoria en la provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho Constitucional,* IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional e Instituto de Derecho Procesal USAL, Lajouane, Buenos Aires, 2008).

Así las cosas, entiendo que el camino procesal intentado es idóneo toda vez que los actores interpusieron la acción de *habeas corpus* colectivo preventivo con el objeto de no ser privados de la libertad por los agentes estatales por motivos raciales en el contexto en que se persigue la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 83 del Código respectivo.

Más aún, los hechos que originan esta causa pueden ser delimitados en los siguientes términos. Las fuerzas policiales y los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, en los operativos de control que llevan a cabo con sustento en presuntas contravenciones, actúan de manera discriminatoria contra el grupo de refugiados senegaleses atentando contra su libertad ambulatoria mientras pretenden ejercer su derecho a trabajar. Es más, la actuación de los agentes públicos, según el criterio de los actores, es realizada sin respetar el debido proceso y, particularmente, el derecho de defensa del colectivo afectado.

IV. Así las cosas, trataré en primer lugar *el agravio relacionado con la existencia de una conducta discriminatoria por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público* contra el grupo colectivo bajo análisis.

Cabe advertir que si bien el presente proceso tramitó formalmente como *habeas corpus* colectivo en tanto los jueces sostuvieron que "es dable discernir dos dimensiones, a los fines de evitar confusiones. Lo que se resuelve en el *habeas corpus* ocurre en un plano distinto y nunca se superpone con el juzgamiento de los delitos que pudieron haberse cometido...". Cierto es que los jueces le imprimieron el cauce propio del *habeas corpus* individual porque "en el caso dicha dualidad de cuestiones han sido presentadas indisolublemente mezcladas…".

Por ello, más allá del recurso de inconstitucionalidad y sus límites consecuentes, corresponde que este tribunal por las peculiaridades y especificidad del proceso colectivo y en particular sus efectos propios y plurales analice los hechos y las pruebas colectadas por los señores jueces en los estadios anteriores de este proceso o, en su caso, valore los medios probatorios tal como surge del voto del juez de trámite (punto 6).

Asimismo, cabe señalar que en el marco de este caso es difícil deslindar, sin recortar indebidamente el objeto litigioso, entre las cuestiones de hecho y derecho. Es más, ello puede resultar notoriamente impreciso toda vez que el material fáctico y normativo bajo análisis está fuertemente entrelazado, de modo tal que para decidir sobre el derecho aplicable es imprescindible hacer hincapié en los otros extremos.

En este contexto en donde los aspectos de hecho exhiben una vinculación estrecha y no escindible con la cuestión jurídica a resolver, cabe hacer una excepción al principio general en la medida necesaria para dar una respuesta adecuada al planteo formulado por el recurrente y, ante todo, proveer el debido resguardo de los derechos constitucionales objeto de protección (Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, § 171, pp. 187 y 188).

En efecto, la cuestión de constitucionalidad no está centrada en la interpretación de la ley, salvo el aspecto procesal que luego desarrollaré, si no en la aplicación de ésta confundiéndose así cuestiones de hecho y derecho en el análisis y resolución del caso.

A su vez, en el caso en examen el aspecto más relevante es que la prueba agregada en estos autos debe ser analizada a la luz de los informes de los organismos internacionales que permiten contextualizarla adecuadamente tratándose del proceso de *habeas corpus* colectivo.

Así las cosas, no es necesario adentrarse en el análisis de la supuesta arbitrariedad de la sentencia bajo estudio, planteada por los recurrentes, con el objeto de estudiar las cuestiones de hecho y prueba ventiladas en el presente proceso.

IV.1. Previo a ello, corresponde realizar una breve referencia sobre *el material jurídico relevante* que protege en nuestro país a las personas contra toda forma de discriminación.

La igualdad ante la ley es un principio básico del Estado social y democrático de derecho. A su vez, la Constitución Nacional no sólo consagra el principio de igualdad formal ante la ley (art. 16), sino que establece el mandato de que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75 inc. 23).

A su vez los tratados internacionales, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, C.N.) reconocen en forma categórica el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias. Así ocurre, entre otros, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (arts. 1°, 2° y 7°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 23 y 24); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3°) y, en lo que concierne más directamente al tema debatido en el *sub lite,* la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Argentina por medio de la ley 17.722.

Este instrumento internacional define qué debe entenderse por "discriminación racial" e impone las obligaciones que debe cumplir el Estado para garantizar la no discriminación de las personas.

Así, el art. 1° apart. 1 establece que "la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

A su vez, el apart. 4 del citado artículo dispone que "las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron".

En cuanto a las obligaciones estatales, el art. 2° del texto bajo análisis dispone que los Estados partes "se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;

b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones;

c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista;

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones;

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial".

Asimismo, la Convención dispone: "*2.* Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron" (art. 5°).

En particular y "en conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2° de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;

b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; (…)

d) otros derechos civiles, en particular:

i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; (…)

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; (…)

f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques (art. 6°).

Finalmente, "los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación".

Por su parte, en el ámbito local, la Constitución reconoce a todas las personas idéntica dignidad y establece que "son iguales ante la ley". Así pues, la Constitución local rechaza las discriminaciones y segregaciones por razones o pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción y menoscabo. Además, establece que "la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad" (art. 11).

IV.2. Este marco normativo relacionado con el derecho a la igualdad y las políticas contra la discriminación en general y racial en particular, debe completarse con el mandato más específico de protección a los refugiados, dada la condición de refugiados y peticionantes de refugio de los actores en el presente proceso judicial.

En este sentido, la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (ley 26.165) establece que "la protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley".

A su vez, la norma dispone que "la protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato más favorable y de interpretación más favorable a la persona humana o principio *pro homine*. Conforme al carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la condición de refugiado, tales principios se aplicarán tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento" (art. 2º).

Además, el mandato normativo dice que "las disposiciones y principios mencionados en los arts. 1º y 2º se aplicarán desde que el solicitante de la condición de refugiado o el refugiado se encuentre bajo jurisdicción de las autoridades argentinas y se extenderán hasta que alcance una solución. Asimismo se le aplicará el principio

del trato más favorable, y en ningún caso, el menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias" (art. 3°).

En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el principio de no devolución de los refugiados en el art. 22.8.

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), definió la calidad de refugiado incluyendo en dicho concepto a toda persona que tuviera "fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él" (art. 1.2).

Poco tiempo después se aprobó el Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados que amplió el ámbito personal de aplicación. Luego, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados incluyó dentro de este grupo a las personas que debieron huir de sus países por encontrarse en riesgo su vida, su seguridad o su libertad, o por encontrarse amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos o circunstancias que perturben gravemente el orden público.

Por su parte, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, amplió el universo protegido a los desplazados internos, al tiempo que resaltó la importancia de "fomentar la plena observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, a fin de coadyuvar a su desarrollo así como a su tutela jurídica" (cláusula novena) y "Reafirmar que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares, debiéndose proveerles además lo necesario para garantizar su bienestar y dignidad humana" (cláusula nº 10).

Cabe simplemente concluir que "una de las principales causas de los éxodos de nacionales de su propio territorio está constituida por las violaciones a los derechos humanos… El menos voluntario de todos los desplazamientos humanos es quizá el de los refugiados, adquiriendo singular importancia el respeto a sus derechos y garantías antes del pedido de solicitud de refugio, durante el trámite correspondiente de acuerdo a las regulaciones internas y después de haber obtenido el reconocimiento de su calidad de refugiado" (Albanese, Susana, *Garantías judiciales,* Ediar, edición actualizada 2010, Buenos Aires, p. 249).

V. Así las cosas, luego de describir el bloque normativo a aplicar en el presente caso cabe determinar, conforme las *circunstancias de hecho y pruebas*, si la Policía Federal y el Ministerio Público Fiscal incurrieron, en el ejercicio de sus respectivas competencias sobre control y juzgamiento de las contravenciones en la Ciudad de

Buenos Aires y en particular con motivo o en ocasión de las conductas tipificadas por el art. 83 del Código, en discriminación por motivos raciales.

Es decir, y tal como advertimos párrafos atrás, el tribunal debe rever las pruebas arrimadas y analizarlas en el contexto propio del *habeas corpus* colectivo y de conformidad con las observaciones del Comité internacional.

Cabe recordar que la Corte en el precedente "Giroldi" ha dicho, respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ésta debe aplicarse "en las condiciones de su vigencia …, esto es, tal como la Convención .. efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales".

De modo que las observaciones del Comité antes citado, más allá de las diferencias con el antecedente de nuestro Tribunal, no deben desconocerse en el análisis del presente caso.

V.1. En primer lugar es necesario y razonable contextualizar el trato que reciben comúnmente estos grupos en nuestro país por parte del Estado. Así, cabe recordar las observaciones formuladas recientemente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre el informe presentado por nuestro país (76º período de sesiones, 15 de febrero a 12 de marzo de 2010).

En particular, en el punto C, sobre los motivos de preocupación y recomendaciones, tras reconocer los "esfuerzos que está iniciando el Estado parte para lograr el reconocimiento y la integración de las personas afrodescendientes en el Estado parte", expresó su "seria preocupación de la percepción generalizada que en el Estado parte no existe población afrodescendiente y su aparente invisibilización en las políticas públicas nacionales. El Comité recomienda al Estado parte de continuar sus esfuerzos para reconocer e integrar a las personas afrodescendientes en el Estado parte, así como los migrantes afrodescendientes, y continuar los esfuerzos por lograr su pleno desarrollo y disfrute de derechos humanos" (punto 24).

Más adelante, "el Comité reitera su preocupación de que en el informe del Estado parte no se facilite información suficiente sobre denuncias por actos de discriminación racial ni sobre las correspondientes acciones judiciales emprendidas por las víctimas y en su nombre, en particular las supuestas denuncias de ataques racistas violentos y actos de brutalidad policial cometidos por motivos raciales. El Comité pide al Estado parte que incluya en su próximo informe periódico información estadística desglosada sobre las investigaciones y las causas instruidas y sobre las penas impuestas por delitos relacionados con la discriminación racial y en los que se hayan aplicado las disposiciones pertinentes del derecho interno, en particular ataques racistas violentos y presuntos delitos cometidos por funcionarios encargados de la aplicación de la ley. A este respecto, el Comité recuerda su Recomendación general Nº 13 (1993) relativa a la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos y alienta al Estado parte a mejorar la formación de los funcionarios encargados de la aplicación

de la ley a fin de aplicar plenamente las normas de la Convención. Refiriéndose a su Recomendación general Nº 31 (2005) (párr. I.A.1.1, inc. b), el Comité recuerda que la ausencia de causas puede deberse a la falta de información de las víctimas sobre los recursos judiciales existentes, y por tanto, recomienda que el Estado parte vele por que en la legislación nacional existan las disposiciones apropiadas en materia de protección efectiva y recursos eficaces contra la violación de la Convención y que el público en general sea informado debidamente de sus derechos y de los recursos jurídicos de que dispone contra la violación de esos derechos, incluyendo el procedimiento de denuncia individual previsto en el art. 14 de la Convención (punto 25).

Es más, "el Comité toma nota de los esfuerzos del Estado parte por abordar su dimensión multiétnica en su totalidad, pero observa con seria preocupación información recibida sobre la percepción del Estado parte como un país de origen primordialmente blanco y europeo, prácticamente negando la existencia de pueblos indígenas originarios y comunidades de origen africano. El Comité recomienda que el Estado parte intensifique sus esfuerzos para lograr el reconocimiento de sí mismo como un Estado multiétnico, que valora y aprende de sus culturas indígenas y de origen africano. En este sentido, recomienda al Estado parte llevar a cabo campañas públicas de concientización de la población y para promover una imagen positiva del país" (punto 27).

Luego el informe advierte que "aunque toma nota de los programas puestos en práctica por el Estado parte, al Comité le preocupa la persistencia en el Estado parte de prejuicios y estereotipos negativos que afectan, entre otros, a los pueblos indígenas y a los miembros de las minorías, como las personas afrodescendientes".

En este contexto recomienda que el "Estado parte... adopte medidas apropiadas para combatir los prejuicios raciales que conduzcan a la discriminación racial. El Estado parte debería, en la esfera de la información, promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre los diversos grupos raciales existentes en el Estado parte. El Comité recomienda además que el Estado parte intensifique las campañas de información y los programas educativos sobre la Convención y sus disposiciones, y que refuerce las actividades de capacitación de la policía y de los funcionarios de la justicia penal sobre los mecanismos y procedimientos de la legislación nacional en el campo de la discriminación racial" (punto 30).

Finalmente, el informe concluye que "a la luz de Recomendación general Nº 33 (2009) sobre el seguimiento de la Conferencia de Examen de Durban, el Comité recomienda al Estado parte que tenga en cuenta la Declaración y el Programa de Acción de Durban, aprobados en septiembre de 2001 por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, así como el Documento final de la Conferencia de Examen de Durban, celebrada en Ginebra en abril de 2009, al incorporar la Convención en su legislación nacional. El Comité pide al Estado parte que, en su próximo informe periódico, incluya información concreta sobre los planes de acción y demás me-

didas adoptadas para aplicar la Declaración y el Programa de Acción en el ámbito nacional" (punto 31).

De lo expuesto, cabe concluir que, según las observaciones del Comité, en nuestro país no se han desarrollado políticas públicas que satisfagan debidamente el respeto de los derechos, en particular la igualdad y no discriminación, de las personas afrodescendientes.

Es más, en tal contexto, el Comité exhortó al Estado a realizar acciones con el objeto de reconocer e integrar a las personas afrodescendientes y a los migrantes afrodescendientes y garantizar así su pleno desarrollo y disfrute de los derechos humanos entre nosotros.

V.2. En el marco descrito en el punto anterior, debemos evaluar puntualmente si los actores —conforme las constancias del proceso— sufrieron tratos discriminatorios con habitualidad y alcance plural (colectivo) por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público.

Así las cosas, resulta necesario valorar la prueba producida en autos, en particular las declaraciones testimoniales.

Cabe recordar que los Sres. Bara Sakho, Serge Lam y Ibrahima Mbaye han denunciado que la policía no sólo los detiene en la vía pública sino que además los amenaza, les quita la mercadería, los lleva a la comisaría, les dice que no vuelvan a Constitución. Además declaran que los agentes policiales no tienen idéntico comportamiento con la gente blanca, es decir, las otras personas que no pertenecen al grupo afrodescendiente.

Declaraciones testimoniales.

1. Testigo Fernando Pezzini

El señor Pezzini presenció la detención del actor Lam el 6 de enero de 2009. En su testimonio destacó que los accionantes acosados por la policía no estaban ejerciendo la venta en la vía pública sino en el interior de una carnicería. Añadió que la conducta desarrollada por las fuerzas de seguridad parecía un operativo. Dejó sentado que escuchó decir que "les estaban sacando las cosas porque eran negros". Resaltó que "le habían pedido los documentos y después no se los querían devolver". Puso de manifiesto que "no se llamó médico ni se ofreció traductor". Además, frente a la pregunta acerca de si vio otros procedimientos de la policía con la comunidad afro en la zona de Constitución, respondió que "sí, que todo el tiempo, que hay un racismo, una intención". En cuanto a los objetos que los actores venden, expuso que son "anillos, cadenas; y es algo simple en paragüitas, nada de grandes cantidades sino todo lo contrario".

2. Testigo Adela Liguori

La señora Liguori pertenece a la Comisión de Apoyo al Refugiado (CAREF) que cuenta con una clínica jurídica en convenio con la UBA y el CELS, donde se atienden consultas relacionadas con violaciones a los derechos humanos, discriminaciones, maltrato en el ámbito público y orientación. En virtud de las funciones

de la CAREF, la declarante señaló que —en un informe de la mentada clínica jurídica— se asentó que "particularmente en relación a las personas que venden en la vía pública hay procedimientos poco claros del personal policial". Respecto de los procedimientos contravencionales, la testigo señala que los consultantes indican que en el marco de tales procedimientos se les pide un documento y ellos sólo cuentan con una precaria solicitud de refugio "que a veces es considerada y otras no". Añadió que los miembros de la comunidad senegalesa consultantes en el año 2007 fueron 14 y luego 58 en el año 2008.

3. Testigo Margarita Meira

La señora Meira es vendedora ambulante desde los años 90. Declaró que presenció procedimientos en contra de un integrante de la comunidad afro "y contra otros compañeros". Sostuvo que "vio que le estaban sacando mercadería que vendía dentro de un local de carnicería". Agregó "esta gente no hablaba castellano, le decían que los iban a llevar porque no tenían documento y ellos mostraban documentos… El detenido no entendía el idioma, no le leyeron sus derechos, no le llamaron a un médico a pesar de que uno de los señores pedía médico". Por último, se manifestó afirmativamente frente a la pregunta acerca de si eran habituales este tipo de procedimientos.

4. Testigo Héctor Martínez Gutiérrez

El señor Martínez Gutiérrez pertenece al movimiento afrocultural. Dijo haber comprobado infinidad de veces situaciones de "racismo". En este caso particular, señaló que "vio cómo le sacaron las cosas a un afrodescendiente, donde no le respondieron nada", al tiempo que lo insultaban. Frente a la pregunta referida a si su movimiento tuvo problemas concretos con la policía, respondió que "el problema es ese, que molestan a la comunidad afro por el único motivo de ser negro… ningún otro motivo". Interrogado acerca de si presenció, en la zona de Constitución, otros procedimientos contra integrantes de la comunidad senegalesa, describió dos ocasiones diferentes. Más aún, añadió que "siempre hay gente vendiendo en esa zona, negros como él solo los senegaleses, al resto no se los molestó". Agregó que, en ningún momento, participó un traductor, ni tampoco observó que se le leyeran sus derechos ni se mencionó en el marco de qué causa se realizaba el operativo.

5. Testigo Nengumbi Celestin Sukama

El señor Sukama preside el ARPIDI, además de ser miembro de la ADC y haberse desempeñado en la CAREF. Trabaja sobre diagnóstico de racismo y discriminación en la Argentina, en particular, respecto de los africanos. En su testimonio, señaló que "hay un racismo encubierto contra los africanos" y destacó que "dentro de las prácticas racistas está el accionar policial que de ningún modo termina con la restricción ilegal de la libertad de los africanos". Interrogado sobre cómo opera el racismo en este país, contestó que "[en] la policía, el Ministerio Público Fiscal y las agencias del Estado en general existe una cuestión de racismo muy grande, dado que operan en conjunto… es raro ver… a un policía…[decir] 'Señor' cuando se trata de personas de color negro... Diría que no hay protección ni se brinda

seguridad respecto de la policía en relación a los 'afros'". A ello, agregó que "los policías vienen y hacen lo que se les da la gana, incluso privación de la libertad sin justificación, los tratan [a los africanos] de manera despectiva y muy autoritarios". Señaló que —sobre una encuesta de 45 ciudadanos africanos (5 senegaleses y 40 del resto de los países de África)— todos fueron detenidos más de una vez por la policía, por ser negros. Destacó que, de los mentados 45 africanos, sólo 3 trabajaban en relación de dependencia y el resto ejercían la venta ambulante. Resaltó —en relación con el trabajo de estos últimos (vendedores ambulantes)— que "su mercadería es secuestrada con frecuencia. En un primer momento, les piden un regalo, cuando luego se resisten los amenazan con llevarlos a la comisaría. Una vez allí, se les labran actas, no son asistidos por traductor". Añadió que, en la Ciudad de Buenos Aires, habitan cerca de 2.000 africanos de los cuales, aproximadamente, 50 son senegaleses y 1.950 trabajan informalmente en ferias de villas o como vendedores ambulantes.

Estadística del MPF e informes

Por otro lado, resultan evidentes las estadísticas que el propio Ministerio Público Fiscal adjuntó a la causa. En efecto, nótese que —para el año 2007— sobre un total de 3.032.161 habitantes de la Ciudad de origen no senegalés, se labraron 3.967 actas con sustento en el art. 83 CC. En cambio sobre 2.000 habitantes de nacionalidad senegalesa se labraron 19 actas con el mismo fundamento y en igual período.

A ello debe agregarse el informe brindado por el señor Sukama, de donde surge que sobre una muestra de 45 personas de aquella nacionalidad, el 100 % había sido detenida por la policía en el último año y medio y que el 95 %, esto es, 42 personas, de la muestra, había sido interceptada por los efectivos policiales en los últimos seis meses.

c) Falta de prueba sobre el desarrollo de políticas públicas.

A su vez, el Estado no ofreció pruebas respecto de las medidas de acción positiva, es decir, políticas públicas de integración y, en particular, aquellas adoptadas en los procesos de persecución de contravenciones en el caso de los grupos en situación de desventaja y exclusión como es el caso que nos ocupa.

Tal como señaló la jueza Ruiz, criterio que comparto, "en el marco de un proceso en el que se evalúa la posible violación de derechos humanos por causales discriminatorias, el régimen de prueba y su calificación posee características particulares… De allí que la carga de desacreditar la denuncia de una violación de derechos humanos recaiga fundamentalmente en el Estado".

VI. Reseñado el marco jurídico y los hechos del caso *cabe analizar si el Estado cumple o no con los mandatos normativos*.

VI.1. En primer lugar, corresponde determinar si las normas que rigen el procedimiento contravencional respetan plenamente el derecho de defensa de los accionantes.

Cabe recordar que el art. 4 º dispone que "se debe designar un intérprete cuando el imputado o imputada no pudiere o no supiere expresarse en español, o cuando lo impusiere una necesidad especial del imputado o imputada".

Por su parte, el art. 37 reza así "la autoridad preventora entrega una copia del acta al presunto contraventor/a, si está presente. En tal caso lo intima para que comparezca ante el o la fiscal dentro de los cinco días hábiles siguientes, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública. Asimismo le notifica de su derecho a ser acompañado por defensor o defensora de confianza y que, de no hacerlo, será asistido por el defensor o defensora de oficio. Si el presunto contraventor/a se niega a firmar, se deja constancia de las razones aducidas".

El texto normativo no debe ser interpretado en términos literales sino de conformidad con los principios generales que permiten integrarlo con el resto del ordenamiento y, además, conocer su sentido y finalidad. En particular, en este contexto, el principio rector es el derecho de defensa que reconocen la Constitución y los tratados internacionales. A su vez, los mandatos normativos deben interpretarse integralmente, anudando unos con otros de modo sistemático y coherente.

Así, los arts. 4° y 37 antes trascriptos deben interpretarse en términos tales que garanticen el pleno conocimiento de la situación y los derechos que le corresponden al presunto contraventor desde el primer momento, es decir, cuando aquél tiene su primer contacto con las fuerzas de seguridad, de conformidad con el principio constitucional ya citado.

Así, tal como propone el juez Lozano, las autoridades que intervienen deben comunicar los derechos en términos eficientes, trátese de grabaciones o cualquier otro medio idóneo, dar intervención inmediata al fiscal y abstenerse de adoptar medidas precautorias.

En otras palabras, no es plausible interpretar las normas de modo que las autoridades sólo estén obligadas a informar en términos ciertos y reales a los presuntos contraventores en el marco del proceso judicial.

En este sentido cabe recalcar que "el derecho a informar constituye, muchas veces, una garantía de prevención. El Estado debe providenciar los mecanismos de información para evitar daños ciertos e inmediatos. Esto no implica…tampoco, que a los extranjeros, los países receptores no deban tratarlos… con todo el respeto, consideración y esmero acorde con las circunstancias especiales que atraviesan" (conf. Albanese, Susana, ob. cit., pp. 265/6).

VI.2. En segundo lugar, más allá de la garantía de la efectiva comunicación a los presuntos contraventores, esto es, el modo cierto y oportuno del deber estatal de informar, debe advertirse que en el presente caso es plausible constatar una aplicación arbitaria de la ley por las autoridades competentes.

Es decir, sin perjuicio de la legitimidad de la ley, cierto es que la arbitrariedad se advierte en la ejecución de las normas. Así, cuando el Estado a través de sus órganos competentes aplica las leyes lo hace de modo arbitrario y discriminatorio. Es decir, la ley sólo se aplica de modo estricto sobre ciertos grupos, en particular aquellos más desprotegidos.

En efecto, y valga la reiteración, más allá de la cuestión atinente a la asistencia oportuna de un traductor, lo cierto es que la ley no discrimina, es decir, resulta igualitaria para todos los habitantes, sin embargo la discriminación se constata en la aplicación por parte de las autoridades responsables de cumplirla y hacerla cumplir.

Resulta elocuente —para arribar a la conclusión precedente— la coincidencia entre los diferentes testimonios brindados por los testigos, en torno a que los accionantes no estaban vendiendo en la vía pública, sino en el interior de un comercio (declaración de Fernando Pezzini y Margarita Meira). También surge de los testimonios referidos (al que debe sumarse el testimonio del señor Martínez González) el maltrato propiciado a los accionantes y las faltas de respeto de las garantías procesales que deben resguardarse frente a la posible comisión de un delito, contravención y falta.

Nótese que todos los declarantes recuerdan que los funcionarios a cargo del operativo no se presentaron, no les ofrecieron un traductor, no llamaron al médico (a pesar de ser requerido por uno de los actores), no les leyeron sus derechos, no consideraron adecuadamente los documentos exhibidos, no los trataron con el respeto debido, y peor aún, los llevaron detenidos en medio del alto grado de incertidumbre que la situación puede generar en personas que, como los actores, no conocen el idioma ni comprenden lo que está ocurriendo y no saben cuál es el motivo de la detención ni las consecuencias derivadas de tales actos.

Este abuso es corroborado, además, por el testigo Martínez Gutiérrez que, además de destacar que los efectivos policiales "molestan a la comunidad afro por el único motivo de ser negro", puso de resalto la discriminación de la que es objeto la mencionada comunidad ya que —en la zona donde se efectuó el operativo— había otras personas vendiendo que no fueron molestadas por los funcionarios a cargo de las tareas de control.

Tales situaciones de desigualdad son evidenciadas, también, en las declaraciones de Liguori y Sukama —quienes se desempeñan en organismos de investigación y lucha contra la discriminación—. Vale recordar que la primera de las mencionadas advirtió que —ya en un informe del año 2008 realizado por la institución a la que pertenece— se había denunciado los procedimientos "poco claros" que llevaba a cabo la policía respecto de las personas que se dedican a la venta ambulante en la vía pública. Por su parte, el segundo de los testigos citados expresamente se refirió a la existencia de un "racismo encubierto contra los africanos", al tiempo que coincidió con Liguori en que la policía no cumple con su función como corresponde. En sus propias palabras "hacen lo que se les da la gana, incluso privación de la libertad sin justificación".

En conclusión, la arbitrariedad de las conductas nace de la aplicación discrecional y, particularmente, discriminatoria de la ley vigente.

VI.3. En tercer lugar, debe agregarse que el Estado a fin de asegurar el derecho a la igualdad tiene no sólo la obligación de abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino también el deber de realizar prestaciones positi-

vas. En sentido concordante se ha manifestado la Corte Suprema en las causas "Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado nacional s/amparo ley 16.986" (sentencia del 1º/6/2000, t. 323, p. 1339) y "Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo" (sentencia del 9/4/2002, t. 325, p. 524, del voto del Dr. Gustavo Bossert), entre otras.

Más aún, como vocal de la Sala I del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, tuve oportunidad de señalar que "el gobierno ha de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos, lo cual comprende medidas de acción positiva tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos" (*in re,* "Aguilera Penayo, Angelina y otros c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 33.885/0, sentencia del 19/11/2009).

Asimismo, si bien referido a otro grupo vulnerable y con sustento en la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Nº 5 (1994), señalé que "la obligación de los Estados partes en el pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado…, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. (...)" (*in re,* "Santesso, Adriana c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 24.799/0, sentencia del 30/5/2008).

Más todavía, la cuestión se relaciona con el principio de autonomía individual que nuestra Constitución consagra en el art. 19 y que consiste en la posibilidad de elegir y materializar su propio plan de vida. Se trata en consecuencia del reconocimiento a la autodeterminación y su fundamento radica en la dignidad de la persona y el respeto a la libertad personal.

Al respecto, se sostuvo que "el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos,… la libertad de acceso a recursos materiales,… la libertad de trabajo" (Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, p. 167).

Se trata de un principio que proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas y exige, además, la adopción de comportamientos activos por parte del Estado que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales.

En efecto, "el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme art. 19 de la C.N.). Esta autonomía consiste básicamente en la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio" (Sala I, "Pérez, Víctor Gustavo y otros c/GCBA s/amparo", expte. nº 605 del 26/1/2001; en sentido concordante, "Benítez, María Romilda y otros c/GCBA. s/medida cautelar" expte. nº 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/2001).

En conclusión no es suficiente con la sola abstención del Estado sino que requiere el desarrollo de conductas positivas, esto es, la planificación y ejecución de acciones de contenido positivo. Ello resulta concordante, a su vez, con lo dispuesto en el art. 17 de la CCBA, que establece el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Este deber de reconocimiento y tutela reviste aún mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social.

VI.4. En cuarto lugar, debe destacarse que las acciones positivas resultan aún más relevantes tratándose de un grupo vulnerable. En tal sentido, cabe señalar que el grupo colectivo demandante reviste dicha condición, por cuanto constituye un sector desprotegido, excluido e indefenso de la sociedad.

En efecto, por un lado, la mayoría de los miembros del grupo revisten la condición de refugiados o peticionantes de refugio. Por otro lado, les es difícil comunicarse con el resto de la población porque no hablan el español sino su propio idioma (wolof) y, por último, como medio de subsistencia venden mercaderías de escaso valor en las calles de la Ciudad.

En tal sentido, es dable resaltar que frente a grupos vulnerables y desfavorecidos —como es el caso de los actores— "la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas, logro que jamás podrá alcanzar si no se satisfacen sus necesidades básicas y mínimas, que son inherentes a su condición de seres humanos" (CSJN, "Machado, Juana C. y otros c. E.B.Y", sentencia del 12/6/2007, del voto en disidencia de los doctores Fayt y Zaffaroni según el voto en disidencia del doctor Zaffaroni en "Ramírez" —5/6/2007—, al cual remite).

En síntesis, el Estado no sólo debe prohibir conductas discriminatorias en razón de raza o abstenerse de realizarlas, sino también emprender acciones positivas para el efectivo reconocimiento y goce del derecho a no ser discriminado por motivos raciales.

Esta directriz surge expresamente de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (ley 26.165) que establece que respecto de este grupo

vulnerable se "aplicará el principio del trato más favorable, y en ningún caso, el menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias" (art. 3°).

La jurisprudencia de la Corte refuerza esta interpretación al decir que "la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación… y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales" (conf. CSJN, "Partido Nuevo Triunfo", sentencia del 17/3/2009, *Fallos,* 32:433).

VII. El material jurídico relevante y el análisis realizado precedentemente permite concluir que el grupo accionante ha sido discriminado por el trato desigualitario y arbitrario en razón de su pertenencia e identidad racial.

VIII. Así pues, corroborados los recaudos que hacen procedente el *habeas corpus* deducido, corresponde en dicho marco disponer las medidas necesarias para evitar el tipo de conductas que este fallo pretende revertir.

Estas medidas deben adoptarse teniendo en cuenta los derechos involucrados cuya protección reclaman los actores en la acción intentada. Como se ha dicho precedentemente, el *habeas corpus* interpuesto pretende que se garantice la libertad ambulatoria del grupo accionante en el marco del ejercicio de su derecho a trabajar, y a su vez y de modo complementario, el respeto del derecho de defensa.

De modo que si bien el objeto específico es la libertad ambulatoria, los derechos antes mencionados están entrelazados de modo que la resolución del tribunal debe ser integral y no sólo parcial porque sólo así es plausible garantizar el derecho específico bajo análisis, dado —insisto— el carácter interdependiente de los derechos fundamentales.

En dicho entendimiento, se ordena a las autoridades involucradas adoptar las siguientes medidas:

a) Implementar de manera inmediata las medidas ordenadas por el señor juez Lozano individualizadas en los puntos I y II de la parte dispositiva de su voto (comunicación eficiente de los derechos de los presuntos contraventores y comunicación inmediata al fiscal) y, a su vez abstenerse de realizar medidas precautorias.

b) Llevar a cabo el Protocolo de Actuación que propone la jueza Ruiz.

c) Diseñar políticas públicas tendientes a mejorar el acceso al trabajo del grupo actor a fin de lograr su inserción social a través de cursos de idioma y capacitación laboral.

d) Diagramar un sistema de tutorías y asistencia jurídica a favor de los refugiados.

IX. Admitida la procedencia del *habeas corpus* colectivo respecto de la comunidad senegalesa, corresponde analizar el caso particular de los accionantes —en tanto personas que se dedican a la venta de mera subsistencia de productos de escaso valor en la vía pública— de conformidad con la doctrina establecida en

el precedente "Ezquivel Pizarro", donde intervine como juez de la Sala I de la Cámara CAyT. Ello así, toda vez que en este contexto (actuación en carácter de juez subrogante de este Tribunal) no me veo obligado a seguir el criterio establecido en los precedentes de este estrado.

IX.1. Por un lado, el art. 83 del Código dispone que "(n)o constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria".

De esta forma, y de acuerdo con los términos expresos de la norma transcripta precedentemente, es claro que el Código Contravencional no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia.

En tal sentido, en el debate parlamentario de esta última norma —de donde puede extraerse la intención que tuvieron los legisladores al sancionar la ley— se dejó asentado que "(t)uvimos la preocupación tanto en la parte general como en la especial de dejar a salvo todas aquellas formas de subsistencia o de mera subsistencia, y por si esto fuera poco plantearnos el principio de insignificancia como una garantía de que la función del Estado en relación con estas conductas iba a tener un límite infranqueable..." (8ª Sesión Esp., Cont., 23/9/2004, p. 118). Es decir, la venta de mera subsistencia fue expresamente tenida en mira por el legislador local, con independencia del carácter de baratija asignable o no a los objetos comercializados.

IX.2. Por el otro, cabe recordar que, por intermedio de la ley 1166, el legislador local modificó el Código de Habilitaciones y Verificaciones —en lo referente a la elaboración y expendio de productos alimenticios y/o su venta ambulante en la vía pública—. Así, la norma citada derogó los capítulos 11.1, 11.3 y 11.10 del mencionado Código y, en su lugar, se ocupó de regular la venta ambulante por cuenta propia, la venta ambulante por cuenta de terceros, la elaboración y expendio de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas por cuenta propia, la ocupación y/o uso de la superficie de bienes del dominio público, y los puestos de venta ambulante. Asimismo, la nueva legislación creó un registro de postulantes para permisos de uso.

Así, en el art. 11.1.2 del citado Código se prohíbe "la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios, en el Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, en los términos detallados en la presente Sección".

Por su parte, el art. 11.1.6 estableció las siguientes modalidades para el desarrollo de las actividades comerciales comprendidas en el espacio público: "*a)* Elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios, en ubi-

caciones fijas y determinadas de los puestos móviles y semimóviles; *b)* Expendio ambulante por cuenta propia; *c)* Expendio ambulante por cuenta de terceros".

A su vez y en sentido complementario, el dec. 612/04 (conforme texto art. 1º del dec. 2198/04, *BOCBA* 2088 del 15/12/2004), reglamentario en este aspecto del Código de Habilitaciones y Verificaciones, dispone, en lo pertinente, que "quedan definidas las modalidades de venta como: *a)* elaboración y expendio por cuenta propia de productos alimenticios en ubicaciones fijas y determinadas en puestos móviles y semimóviles: es la venta que se realiza por cuenta propia con ubicación fija y determinada, pudiendo contemplar la elaboración de emparedados. Expendio ambulante por cuenta propia: es la venta que se realiza sin ubicación fija e inamovible, pero en todos los casos dentro de un área determinada. Puede efectuarse por medio de triciclos o carritos; *b)* Expendio ambulante y en ubicaciones fijas y determinadas, por cuenta de terceros: es la venta que se realiza en un área determinada, en puestos móviles o semimóviles, o a través de triciclos o carritos".

A esta altura del desarrollo normativo corresponde señalar que, tal como surge expresamente de los términos de las normas transcriptas, las tres modalidades de venta reglamentadas en el Código se refieren, en todos los casos, a la comercialización de productos alimenticios y, en consecuencia, no alcanzan a la venta de otros bienes o productos.

En efecto, confirma esta conclusión lo dispuesto en los arts. 11.1.16 y 11.1.18 del Código en cuanto señalan respectivamente que, en relación con todas estas modalidades, "los permisionarios/as deben observar en su indumentaria y elementos de trabajo las pautas que garanticen la correcta higiene, tanto en la manipulación de los alimentos, como en el aspecto personal" y, a su vez, que "queda expresamente prohibido: *1)* el fraccionamiento de cualquiera de las bebidas cuya comercialización se autoriza; *2)* el expendio de bebidas alcohólicas de cualquier tipo y/o graduación, cualquiera sea su envase; *3)* el fraccionamiento de aderezos, que deberán ser de uso único e individual, conforme lo establece la ley 246, *BOCBA* n° 812".

Asimismo y en idéntico sentido, si se analizan el Capítulo 11.2 que se refiere a la modalidad de venta "Elaboración y Expendio de Productos Alimenticios por Cuenta propia en Ubicaciones Fijas y Determinadas", y el Capítulo 11.3 que regula la modalidad "Venta Ambulante por Cuenta propia" se llega a la misma conclusión: el legislador solamente se ha ocupado de regular la actividad de venta en la vía pública de productos alimenticios.

Así, por ejemplo, el art. 11.3.3. del Código dispone que "se autoriza la venta ambulante de los siguientes artículos: maní en su vaina, descascarado, tostado o sin tostar, castañas, garrapiñadas, manzanas abrillantadas, higos, azúcar hilada, pochoclo, barquillos, fruta desecada, descascarada, tostada y seca". A su vez, el art. 11.3.6. determina que "queda prohibida la elaboración de productos en el lugar y la preparación para el consumo de alimentos por los/as permisionarios/as y/o ayudantes/as. Puede terminarse de elaborar a la vista solamente maníes, castañas, garrapiñadas, manzanas abrillantadas, higos y azúcar hilada".

Por su parte, el Capítulo 11.10 hace referencia a la "Venta Ambulante y en ubicaciones fijas y determinadas por cuenta de Terceros" y si bien, al igual que en los otros casos, en el título no lo aclara, de la lectura integral de las normas que conforman este último capítulo también se desprende claramente que se refiere exclusivamente a la comercialización —bajo esta modalidad— de productos alimenticios. En tal sentido, el art. 11.10.1 dispone, por ejemplo, que "la venta de agua y bebidas sin alcohol, helados, infusiones y emparedados calientes de salchicha tipo Viena, se permite en áreas determinadas, únicamente a elaboradores/as, concesionarios/as o distribuidores/as del producto, constituidos éstos como empresas o cooperativas, quienes deben solicitar el permiso de uso a su nombre. Para el caso de emparedados calientes de salchichas tipo Viena, sólo se permitirá por cada permiso un mínimo de cinco (59 unidades y un máximo de hasta veinte (20) unidades destinadas a la venta del producto...".

Por otro lado es necesario hacer notar que también el dec. 612/04 se circunscribe a reglamentar, en los términos del Código, la venta en la vía pública de productos alimenticios. En efecto, en sus considerandos dicha norma expresamente declara que "el presente decreto reglamentario ha sido elaborado con el objeto de garantizar el control de la higiene y la calidad de los productos que se ofrecen en la vía pública" y luego agrega que "tiene como objetivo ordenar el expendio de alimentos en la vía pública mediante el otorgamiento de permisos....". En sentido concordante los fundamentos también señalan que "se utilizó para la elaboración del presente decreto lo normado en el Código Alimentario nacional, texto vigente, contemplándose asimismo el Código de Habilitaciones y Verificaciones en lo que hace a la materia".

IX.3. De conformidad con el contexto normativo antes descripto, considero posible sostener que el legislador no prohibió la venta de baratijas cuando se trate de mera subsistencia ni tampoco reglamentó el ejercicio de ese derecho por medio de restricciones tales como permisos o autorizaciones. Así las cosas, los actores no infringieron el art. 83 del CC.

X. En conclusión, se hace lugar al recurso de queja e inconstitucionalidad deducidos por los actores, admitiéndose en consecuencia el *habeas corpus* colectivo y, por tanto, ordenando a la demandada que adopte las medidas dispuestas en el punto VIII del presente decisorio.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Tal como lo sostiene el señor fiscal general adjunto "en un Estado de derecho *nadie puede pretender* un amparo para *que las autoridades competentes no actúen ante la violación flagrante de normas* tipificadas como falta, delito o contravención", "*la acción de habeas corpus* [intentada] es manifiestamente improcedente, porque el substrato de la pretensión *parte de una base de imposible concesión por esta vía,* cual es la de ejercer la venta ambulante sin autorización" y "*[l]a intención de que pretorianamente se cree un régimen especial* para que puedan vender en

la vía pública *por* el solo hecho de *ser inmigrantes* africanos, ignorándose al resto de quienes también pretenden ejercer la actividad y que el Gobierno de la Ciudad, en el marco de sus facultades legítimas, no convalida, *es ajena a esta acción*" (lo destacado es propio y no fue resaltado en el dictamen obrante a fs. 98/99).

Conviene recordar que la ley prohíbe con carácter general el ejercicio de la actividad comercial en el espacio público a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso especial por parte de la Administración y, en mi concepto, los jueces rebasaríamos ampliamente el ámbito de control que nos permite la Constitución si decidiéramos autorizar a los vecinos —o a un determinado grupo— a apropiarse del espacio público en su propio beneficio al margen de las leyes que gobiernan la cuestión o si les reconociéramos por vía de acciones de amparo o de *habeas corpus* —que han sido consagradas con otros fines específicos— una inmunidad o fuero personal para repeler su aplicación. No desconozco lo delicado de las problemáticas que subyacen al planteamiento que se ha efectuado a lo largo de este juicio, ni la gravedad o la complejidad de las imputaciones que se han plasmado en el marco de las audiencias celebradas en las instancias de mérito, pero la respuesta a estos problemas no es exigible al Poder Judicial por medio de esta acción, cuando lo que se pretende en realidad es que se dicte un pronunciamiento de forma inorgánica y para una situación particularizada en reemplazo de la necesaria participación de los poderes políticos (*mutatis mutandi*, voto que suscribiera junto a mi colega, José O. Casás, en autos "Esquivel Pizarro", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009).

A fin de despejar cualquier inquietud sobre las normas que regulan la cuestión referida a la actividad comercial o lucrativa en el espacio público de la Ciudad de Buenos Aires, a modo de *obiter dictum* porque la interpretación contraria del tribunal *a quo* no ha sido un factor determinante de su decisión —tal como lo explica la señora jueza, Alicia E. C. Ruiz—, estimo conveniente dejar expuesta mi postura de manera íntegra, postura que, aclaro, no resulta coincidente con aquella otra que expone en su voto el señor juez de trámite, Luis F. Lozano. La decisión legislativa de no considerar una contravención a la venta ambulatoria en la vía pública "de mera subsistencia que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido" (art. 83, tercer párrafo, ley 1472) excluye a esa acción del ámbito contravencional, en razón de tratarse de un claro supuesto de "atipicidad", para afirmar lo cual resulta necesario evaluar los productos colocados a la venta conforme a los parámetros de la *insignificancia o bagatela* desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, lo que la tornaría irrelevante para la ley contravencional por no afectar el bien jurídico. Esa evaluación, a menos que se presente de manera manifiesta su atipicidad, no está a cargo de la autoridad de prevención (o de la policía de seguridad, según el art. 16, ley 12), sino que para determinar el mérito contravencional de dicha conducta primeramente están los fiscales —a quienes les incumbe demostrar y discutir, si corresponde, en juicio oral y público, la adecuación típica y la lesividad del comportamiento—, y luego los jueces y defensores, que, naturalmente, debaten en el marco de un proceso judicial que se inicia con posterioridad a la actuación policial. Ello no equivale a afirmar, por cierto, que la

autoridad preventora se encuentre facultada para adoptar "medidas precautorias" (arts. 18 y 36, ley 12) frente a cualquier conducta, sino tan sólo frente a aquellas que, *en principio*, pueden calificarse *razonablemente* como contravenciones; adopción que debe ser comunicada de manera "inmediata" al fiscal y si él decidiera mantener esa medida "da[rá] intervención al juez", en los términos del art. 21, ley 12 (mi voto, en autos "Ávalos", expte. nº 4852, sentencia del 18/12/2006).

Sin embargo, frente al cuadro de situación descripto en el párrafo que antecede, si el integrante del Ministerio Público Fiscal decidiera, en virtud de su discrecionalidad técnica, que el hecho no constituye una contravención (al estar alcanzado por el párrafo tercero del art. 83, ley 1472), subsistiría la posibilidad de que se tratase de una infracción al Régimen de Faltas locales (ley 451), pues cabe recordar que también ha sido una decisión legislativa que el hecho de vender mercaderías en la vía pública "sin autorización" (art. 4.1.2, ley cit.) se encuentre expresamente prohibido por la ley 1166 y, por lo menos al día de hoy, esta conducta debe ser investigada y eventualmente sancionada ("Esquivel Pizarro", ya citado). Este Tribunal ha tenido ocasión de remarcar, en reiteradas oportunidades, que la determinación de remitir un expediente a la Unidad Administrativa de Control de Faltas —que interviene como la instancia única, obligatoria y previa "al juzgamiento" de las faltas por parte de los órganos permanentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, además de ser una atribución que incumbe al Ministerio Público Fiscal, en función de las características del sistema procesal vigente ("Pantigioso Flores", expte. nº 2119, sentencia del 9/4/2003), sólo tiene por objeto dilucidar la existencia o no de una falta e implica reconducir y ordenar el proceso, mas no le pone fin ("González Báez", expte. nº 5603/07, sentencia del 28/5/2008).

Legalmente, si en esa órbita se suscitara algún cuestionamiento legal o constitucional, éste podría ser finalmente conocido por el fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas, si aquella fuera la voluntad del infractor que fue considerado responsable por la Administración (art. 24, ley 1217); crítica o cuestionamiento que podría estar relacionado con la existencia de una causa de justificación personal por razones de "mera subsistencia" o de necesidad ("Leiva Quijano", expte. nº 4054, sentencia del 21/12/2005). Dicha defensa o excusa deberá ser valorada en primer término por la propia Administración, que pudo otorgar el permiso precario de uso que exige la ley sin distinciones y que por el motivo que sea —por ejemplo, porque no existe una regulación que contemple permisos de esta especie para comercializar algo distinto a "productos alimenticios"— no lo hizo. En esta línea parece que se inscribe, precisamente, la última decisión legislativa que se ha dictado en materia de faltas, en la que se previó que "cuando surja inequívocamente del expediente que la infracción ha sido motivada por las necesidades de subsistencia por parte del infractor, el controlador administrativo y/o el agente administrativo de atención de faltas y/o el juez/a puede aplicar multa por debajo del mínimo e incluso eximirlo/a de la misma" (conf. ley 2195, que modificó el art. 28, ley 451; vinculado con los "Criterios" para la individualización de las sanciones).

Sinceramente no logro comprender de qué manera se puede insinuar que los inspectores del Gobierno local o los organismos que controlan faltas en ejercicio del poder de policía, aun con el auxilio de la "fuerza pública" para "asegurar el procedimiento administrativo de comprobación de la falta" (art. 6°, ley 1217) ya sea para "hacer cesar la falta o [para] asegurar la prueba" mediante el "secuestro" de la mercadería (art. 7°, ley cit.), pueden resguardar en mayor proporción los derechos de los presuntos infractores al Régimen de Faltas, que la actuación que es posible esperar de los órganos permanentes del Poder Judicial de esta Ciudad Autónoma (art. 107, CCBA); máxime, en supuestos en los cuales se tiene por destinatarios a grupos o colectivos que, sin importar su raza, religión o nacionalidad, evidentemente aparecen *a priori* como vulnerables. En función de las leyes vigentes el "expediente" habrá de formarse y el procedimiento de verificación de la falta tendrá lugar, aunque el "infractor" pretenda repelerlo, sin perjuicio de la posibilidad de que finalmente pueda ser eximido —en el mejor de los casos— de la sanción que le hubiese correspondido, por una acción que los representantes del pueblo de nuestra Ciudad, indefectiblemente, desaprueban.

2. Ahora bien, la acción de *habeas corpus* puede ser instada, según el art. 15, CCBA, "por el afectado o por cualquiera en su favor", "[c]uando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, en cualquier situación y por cualquier motivo". Durante todo este proceso, los actores han pretendido demostrar que se encuentran reunidos los supuestos de hecho contemplados por el art. 3°, ley 23.098 (norma nacional que, de momento, rige la acción también en nuestro ámbito), denunciando, de modo categórico e insistente, que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por medio de su Poder Judicial y de la Policía Federal Argentina, dispone y lleva a cabo procedimientos de prevención de naturaleza selectiva y sistemática sobre un grupo de personas de nacionalidad senegalesa, que despliegan su actividad comercial —que califican, en abstracto, como de "mera subsistencia"— en el barrio porteño de Constitución, bajo la aplicación de estándares xenófobos y racistas (en razón de su nacionalidad y su color de piel).

No obstante, el carácter "preventivo" dado a la presente acción por los propios peticionantes exigía una demostración concreta y precisa del estado de amenaza cierto, inminente e *ilegítimo* que colocara en peligro o hiciera al menos previsible un riesgo *evitable* para su libertad ambulatoria. Es evidente que la tutela de la "libertad física", a la que se refiere la Constitución local, no comprende la posibilidad de frustrar, entorpecer o impedir los procedimientos que se desarrollan en el marco de las leyes adjetivas y sustantivas vigentes en esta Ciudad a las que se encuentran sometidas de igual manera todas las personas que incurren en actividades que —*en principio y razonablemente*— pueden calificarse como contravenciones, o, eventualmente, como faltas. En este sentido, durante la audiencia que se celebró ante los jueces de la Sala I —en cumplimiento a lo resuelto por la mayoría del Tribunal ("Mbaye", expte. nº 6448/09, sentencia del 1º/7/2009)—, no se tuvo por acreditada la existencia de ninguna amenaza seria e *ilegítima* a la libertad de los actores, ni la selectividad o sistematicidad alegada, sobre la base de fundamentos de hecho y

de derecho que resultan sólidos y suficientes (fs. 508/519). En rigor, los extremos sobre los que han versado las declaraciones prestadas ante la Cámara (que obran agregadas a fs. 465/494), no distan, manifiestamente, de aquellos que ya fueron considerados en nuestra anterior intervención (pto. 6 del voto que suscribiera junto a mi colega, el doctor José O. Casás, en el precedente antes mencionado) y "las situaciones [allí] denunciadas por los accionantes ya han sido canalizadas por la vía judicial correspondiente (…) [y aunque] el hecho de desplegar una actividad no permitida no justifica un maltrato o amenaza (…) la vía intentada no puede tener incidencia en dichas cuestiones, pues cada una de las situaciones denunciadas (…) es objeto de investigación en el marco de los respectivos procesos judiciales que (…) se consideraron idóneos para ventilarlos" (pto. 6 cit., *in fine*).

En orden a lo expuesto, no puedo más que coincidir con lo expresado por los distinguidos colegas de la Sala I, en relación a que "es dable discernir dos dimensiones, a los fines de evitar confusiones. *Lo que se resuelve en el habeas corpus ocurre en un plano distinto y nunca se superpone con el juzgamiento de los delitos que pudieron haberse cometido*, pues se busca neutralizar idónea y rápidamente la restricción a la libertad [física] o su amenaza" (fs. 514; el destacado me pertenece), toda vez que, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por regla, el *habeas corpus* no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que les conciernen (*Fallos,* 308:2236; 317:916; entre otros). Finalmente, mas allá de que considero que se encuentra debidamente fundado y demostrado que: *1)* "el universo de sujetos alcanzados por las tareas de prevención y castigo de la venta ambulante prohibida excede notoriamente el colectivo que busca amparo" (fs. 516 vta.) y que *2)* "el manejo de nuestra lengua requerido para comprender la solicitud de identificarse [a quien se encuentra ejerciendo una actividad en el espacio público de modo irregular, que la Ciudad no tolera] no resulta de una sofisticación tal que requiera el asesoramiento de un traductor o [de un] intérprete" en el procedimiento inicial para garantizar el derecho de defensa en juicio de manera suficiente (fs. 517 vta.); comparto asimismo la preocupación puesta de manifiesto por el tribunal *a quo* con relación a que, a la luz de los compromisos asumidos por la República, la Ciudad, como parte integrante de la federación, debería extremar los esfuerzos para garantizar la adecuada inserción de los actores a la población, auxiliándolos para superar las dificultades idiomáticas y para que comprendan las obligaciones y —muy especialmente— los derechos que les asisten, como así también los medios o canales legales para que esos derechos sean respetados.

3. Por lo expuesto, voto por *rechazar* la queja interpuesta.

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja interpuesta a fs. 80/94 debe ser rechazada pues no ha logrado desvirtuar las razones brindadas por los integrantes de la Sala I de la Cámara de

Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas para declarar la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia que confirmó el rechazo de la acción de *habeas corpus* intentada.

Tal como lo afirmó la Cámara —y como lo expone en su dictamen el señor fiscal general adjunto que actúa ante el Tribunal—, los planteos de los recurrentes remiten a cuestiones que resultan ajenas a la competencia constitucional de este Tribunal (arts. 27, ley 402 y 113, inc. 3º, CCBA). La presentación objeto de estudio se refiere, en síntesis, a: *i*) la discrepancia de los recurrentes con la valoración de la prueba producida ante los jueces de mérito; *ii*) el examen de determinados aspectos de derecho procesal infraconstitucional —vinculados al modo de ofrecimiento, admisión y producción de la prueba en el proceso contravencional—; *iii*) la determinación del alcance de las pretensiones de los accionantes; y *iv*) la interpretación de regulaciones contenidas en el Código Contravencional, en el Régimen de Faltas y en el Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad, en tanto ellas reglamentan aspectos relativos a la utilización del espacio público en esta jurisdicción y establecen cuáles son las consecuencias de ejercer actividades lucrativas en la vía pública sin la correspondiente habilitación especial exigida por ley.

Desde esta perspectiva, los desarrollos expuestos en la queja no permiten descalificar lo afirmado por la alzada, pues los recurrentes no han logrado establecer la adecuada correspondencia entre los derechos cuya afectación invocan y el contenido de la sentencia que confirmó el rechazo del *habeas corpus* interpuesto.

2. Además, la decisión de la Cámara que confirmó el rechazo del *habeas corpus* presentado se encuentra, al margen de su acierto o error, debidamente fundada sin que las argumentaciones de los recurrentes logren demostrar que no puede sustentarse como acto jurisdiccional válido.

En cuanto al fondo de la cuestión traída a estudio de este Tribunal, debo decir que las consideraciones que expuse en oportunidad de expedirme en torno a otra queja interpuesta por los recurrentes durante este proceso —consideraciones a las que me remito en homenaje a la brevedad— me eximen de mayores precisiones en cuanto a los motivos por los cuales entiendo que los accionantes sostienen una pretensión que resulta inviable en razón de las regulaciones legales que gobiernan en el ámbito de esta Ciudad. En aquella oportunidad, básicamente, destaqué que el presente trámite de *habeas corpus* —calificado por la Cámara en la decisión recurrida como preventivo y colectivo— no podía tener andamiento para colocar a los actores al margen de las normas legales vigentes y de las consecuencias que se derivaban de su transgresión, al ejercer actividades lucrativas en la vía pública sin autorización (*in re* "Mbaye, Ibrahima y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098, *habeas corpus*'", expte. n° 6448/09, resolución del 1°/7/2009).

3. Finalmente, considero pertinente señalar que los reclamos de los accionantes en torno a la alegada necesidad de contar con intérpretes u otra modalidad

que asegure la traducción a su lengua (*wolof*, uno de los varios dialectos de la República de Senegal, país de origen de los recurrentes en esta causa donde el idioma oficial es el *francés*) de los contenidos de las actas contravencionales a las que se refiere el art. 36 de la ley 12 en el momento de su realización en la vía pública, resultan inadmisibles por impracticables y se demuestran innecesarios para asegurar acabadamente el derecho de defensa en juicio con el alcance garantizado en la Constitución. Todo parece indicar que quienes dominan los rudimentos del idioma nacional imprescindibles para interactuar en la vía pública —realizando actividades lucrativas, lo que importa fijar precios con márgenes de utilidad sobre las compras, eventualmente realizar regateos y concertarlos, cobrar los importes convenidos, contar moneda y entregar vueltos— y satisfacer sus necesidades de subsistencia básicas de alimentación, vestido, transporte o vivienda se encuentran en condiciones de poder comunicarse, de algún modo, con el personal de prevención a los fines exigidos en dicha incipiente etapa del procedimiento. Mayores exigencias a las aseguradas en el punto por los jueces de la causa importarían, desde mi punto de vista, tanto como tornar inaplicables —o poner en suspenso— todas las prohibiciones contenidas en la legislación local respecto de diversos colectivos extranjeros, incurriéndose en excesividad y desproporcionalidad, todo con el loable propósito de brindar la mayor tutela posible a la defensa frente a contravenciones de módico reproche, pero seguramente con severo demérito a las prácticas de la razonable convivencia entre todos los vecinos.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* el recurso de queja agregado a fs. 80/94.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 43/71, *revocar* la sentencia de Cámara, del 20/8/2009, agregada a fs. 31/42, y, asimismo: I. *Ordenar* al GCBA, al Ministerio Público Fiscal, a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que extreme los medios necesarios para que exista una comunicación eficiente de sus derechos desde el primer contacto con el presunto contraventor; II. *Ordenar* a la Policía Federal y a la Policía Metropolitana que realice todos los esfuerzos para garantizar la intervención en forma inmediata del Ministerio Público Fiscal.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con carácter urgente al titular del Ministerio Público Fiscal, al GCBA por intermedio de la Procuración General de la Ciudad y del Ministerio de Seguridad, Justicia y Derechos Humanos y a la Policía Federal Argentina; y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

CXCII

"MULTIMARKETING S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MULTIMARKETING S.A. S/INFR. ART. 2.2.14, SANCIÓN GENÉRICA, LEY 451 —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia. RÉGIMEN DE FALTAS: Colocación de aviso publicitario sin el permiso correspondiente.

SUMARIOS:

1. El quejoso no se hace cargo de los argumentos que se le han dado para considerar que la actividad publicitaria, que explotaba, no contaba con "el permiso correspondiente" (conf. art. 3.1.1, ley 451); y pretende convertir a este Tribunal Superior en una instancia ordinaria más en el proceso jurisdiccional de faltas, porque cada uno de los agravios que presenta se remiten y agotan en el examen de cuestiones privativas de los jueces de mérito —vinculadas con los hechos, pruebas y la interpretación de normas infraconstitucionales— y ajenas, por regla, a la vía extraordinaria pretendida, sin demostrar equivocación o contradicción alguna en lo resuelto en las instancias anteriores. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Al momento de comprobarse la infracción y considerársela responsable, la firma no contaba con un permiso acorde al tipo de publicidad que explotó y el permiso que, en el mejor de los escenarios, pudo haber exhibido se encontraba generosamente vencido. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Si la Administración autorizó a la empresa recurrente a colocar un determinado tipo de anuncio publicitario por un plazo concreto y la empresa, por su parte, no controvirtió oportuna y debidamente dicha autorización —incluso, por vía judicial, sino que la consintió y la aprovechó durante todo el período de su vigencia, colocando un anuncio que ciertamente no se correspondía con esa autorización y solicitando a la Administración su prórroga una vez que ella se había agotado, no es posible, ahora, brindar seriedad a los cuestionamientos esgrimidos por ella frente a la efectiva comprobación de la falta del permiso correspondiente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Los agravios formulados por la recurrente dirigidos a resistir la sanción impuesta, sólo traducen su discrepancia con la decisión cuestionada, pero sin mostrar que resulte insostenible la apreciación de las constancias de la causa o la interpretación de las normas locales de jerarquía inferior a la Constitución formulada por los jueces de mérito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. La recurrente no logra demostrar que la sentencia cuestionada resulte arbitraria, toda vez que omite explicar por qué la interpretación realizada por los jueces de mérito —que estimaron que la norma abarca no sólo los supuestos de carencia de algún permiso, sino también aquellos en que no se contase con el permiso

debido en relación al cartel colocado— sería insostenible a la luz de la literalidad de la norma aplicada (art. 3.1.1 del Código de Faltas). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

6. Aunque asiste razón al recurrente en cuanto a que la Cámara no se expidió en forma expresa acerca de su planteo, cabe señalar que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso y, desde esta perspectiva, lo expresado por el recurrente no alcanza para mostrar que la omisión haya sido arbitraria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

7. La invocación del derecho de defensa en juicio y el principio acusatorio efectuada en términos genéricos no resulta suficiente para constatar la existencia de un genuino caso constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 7057/10 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado particular y apoderado de la firma Multimarketing S.A. dedujo queja (fs. 22/27) contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 19/21) mediante el cual se declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (de fs. 5/17), intentado, a su vez, contra la sentencia de la misma Sala (fs. 2/4), en cuanto confirmó la condena impuesta por el juez de primera instancia —consistente en una multa de quince mil unidades fijas (UF 15.000) y el decomiso de una estructura publicitaria y cartel tipo luminoso, por resultar autora responsable de la infracción prevista y reprimida en el art. 3.1.1, ley 451.

Sintéticamente, en el recurso que fue denegado por la Cámara *a quo*, el recurrente cuestionó las decisiones de mérito sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias e invocó la supuesta afectación del derecho de propiedad y su inviolabilidad y de los principios de legalidad, defensa en juicio y debido proceso.

2. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 56/57), consideró que la queja no resultaba procedente, porque no presentaba caso constitucional alguno.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

La queja, aunque fue deducida en tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar porque no logra contradecir el auto denegatorio del recurso de incons-

titucionalidad, en cuanto a la razón principal que lo sustenta y que permanece incólume: no existe en el caso cuestión constitucional alguna. La ausencia de una crítica razonada y seria contra dicha decisión habilita *per se* el rechazo de esta presentación directa ("Fantuzzi", 9/4/2001).

Con independencia del comprensible desagrado que lo resuelto en las instancias de mérito le provoca a la empresa condenada, lo cierto es que el quejoso no se hace cargo de los argumentos que se le han dado —a lo largo del trámite de esta causa— para considerar que la actividad publicitaria, que explotaba, no contaba con "el permiso correspondiente" (conf. art. 3.1.1, ley 451); y pretende convertir a este Tribunal Superior en una instancia ordinaria más en el proceso jurisdiccional de faltas, porque cada uno de los "agravios" que presenta se remiten y agotan en el examen de cuestiones privativas de los jueces de mérito —vinculadas con los hechos, pruebas y la interpretación de normas infraconstitucionales— y ajenas, por regla, a la vía extraordinaria pretendida, sin demostrar equivocación o contradicción alguna en lo resuelto en las instancias anteriores.

En efecto, el razonamiento expresado por el recurrente gira en torno a que su conducta se encontraba autorizada, porque la Administración local le habría conferido un permiso expreso, con respecto a un determinado tipo de aviso, aunque por un período menor del que preveía la normativa —esto es, según afirma, por un año en lugar de cinco— y, en consecuencia, mal podría sancionársela por el hecho verificado por el GCBA, si habría sido éste último el que habría actuado discrecionalmente y por fuera de la ley. Al margen de que esta argumentación se vincula estrechamente con los hechos y pruebas valorados por los jueces anteriores, sin conexión constitucional suficiente, la simple lectura del expediente permite advertir, por un lado, que la estructura publicitaria y el cartel que habría colocado la firma no se correspondían en lo absoluto con las características del tipo de permiso otorgado —en particular, en cuanto a *la superficie* que debía tener su afiche— y, por el otro lado, que cualquier reclamo que pudiera corresponder por el período de la autorización concedida, excedía, por mucho, la clase de defensas que era posible oponer en el marco de este proceso de faltas.

Lo relevante fue, evidentemente, que, al momento de comprobarse la infracción y considerársela responsable, la firma no contaba con un permiso acorde al tipo de publicidad que explotó y que el permiso que, en el mejor de los escenarios, pudo haber exhibido se encontraba generosamente vencido.

Dicho de otra manera, si la Administración —más allá de su acierto o desacierto— autorizó a la empresa Multimarketing a colocar un determinado tipo de anuncio publicitario por un plazo concreto y la empresa, por su parte, no controvirtió oportuna y debidamente dicha autorización —incluso, por vía judicial—, sino que la consintió y la aprovechó durante todo el período de su vigencia, colocando un anuncio que ciertamente no se correspondía con esa autorización y solicitando a la Administración su prórroga una vez que ella se había agotado, no es posible, ahora, brindar seriedad a los cuestionamientos esgrimidos por el recurrente, frente a la efectiva comprobación de la falta del permiso "correspondiente". Ello así, porque

toda su argumentación no rebate de manera suficiente el hecho de que la "estructura publicitaria" que emplazó en el lugar excedía "holgadamente la superficie" aprobada por la autoridad y que "las solicitudes para un nuevo permiso [o incluso para la renovación del permiso vencido] fueron presentadas (…) con posterioridad al vencimiento del permiso otorgado" (ambas citas obran a fs. 34).

Consecuentemente, la infractora no podía alegar un derecho a que su anuncio permaneciera en aquel lugar, o que la Administración debió intimarla para que subsanara los defectos que aquél padecía, puesto que, más allá de que no contaba con el permiso "correspondiente", su retiro también se debió a su propia actuación discrecional e intempestiva —pues, aun en el supuesto de que se compartiera su razonamiento, debió objetar de manera concreta y precisa la presunción de legitimidad de la que gozaba el acto administrativo que la autorizó para ejercer su actividad por un plazo menor al previsto por la normativa.

Por todo lo expuesto, voto por *rechazar* la queja y *dar por perdido* el depósito de ley.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en que la queja deducida a fs. 22/27 vta. debe ser rechazada, porque el recurrente no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113, inc. 3°, reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478).

2. La doctrina de la arbitrariedad que invoca el apelante, conforme tienen señalado la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal siguiéndola, no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa (conf. "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608, 323:2196 y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). No muestra el recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

En efecto, los agravios formulados por Multimarketing S.A., dirigidos a resistir la sanción impuesta, como se verá, sólo traducen su discrepancia con la decisión cuestionada, pero sin mostrar que resulte insostenible la apreciación de las constancias de la causa o la interpretación de las normas locales de jerarquía inferior a la Constitución formulada por los jueces de mérito.

2.1. Aun cuando el recurrente insiste frente a esta instancia en sostener que la falta contenida en el art. 3.1.1 de la ley 451, por la que en definitiva fue condenado en autos, consistiría en "…la instalación de un anuncio publicitario 'sin ningún permiso'" (fs. 27), a partir de lo cual concluye que "…la conducta de mi representada no se encuadra o se subsume en la conducta prevista en el art. 3.1.1 del Código de Faltas" (fs. 25), no logra demostrar que la sentencia cuestionada resulte arbitraria, toda vez que omite explicar por qué la interpretación realizada por los jueces de mérito —que estimaron que la norma abarca no sólo los supuestos de carencia de algún permiso, sino también aquellos en que no se contase con el permiso debido en relación al cartel colocado— sería insostenible a la luz de la literalidad de la norma aplicada, según la cual será sancionado quien "…instale o haga instalar carteles, fije o haga fijar afiches o coloque o haga colocar pasacalles en la vía pública en lugares no habilitados, o *sin el permiso correspondiente*…" y, en cambio, no brinda apoyo alguno a la interpretación que propone como correcta de la norma comentada.

A la vez, los planteos del recurrente vinculados a las discrepancias con la decisión cuestionada en cuanto a si el cartel era o no de tipo luminoso o si había excedido o no la superficie para la cual estaba habilitado carecen de idoneidad para conmover la solución resistida, puesto que no viene acompañado de argumentación alguna que rebata la fuerza probatoria que el *a quo* interpretó poseen, a la luz de lo dispuesto por el art. 5° de la ley 1217, las actas de comprobación.

2.2. La alegada omisión de tratamiento por parte de los jueces de mérito del planteo según el cual "…se labró el acta de comprobación, privándole a mi mandante de subsanar aquello que no se ajustaba a lo autorizado, conservando su cartel, evitando el decomiso de la estructura y la multa que luego le fue aplicada…" (fs. 24) tampoco suscita la competencia de este Tribunal por la vía intentada, pues, aunque asiste razón al recurrente en cuanto a que la Cámara no se expidió en forma expresa acerca de su planteo, cabe señalar que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso y, desde esta perspectiva, lo expresado por el recurrente no alcanza para mostrar que la omisión haya sido arbitraria si no explica por qué, de haber sido abordado su planteo, se habría podido arribar a una solución diferente (v. gr. no explica por qué la infracción imputada sería una susceptible de ser corregida, conf. arts. 13.8.1 y 13.8.2 de la ordenanza 41.115).

3. Finalmente, en cuanto a la invocada vulneración de los arts. 12 CCBA y 17 C.N. por haber sido dispuesto el decomiso por la autoridad administrativa sin el requisito de sentencia judicial, la cuestión fue introducida con el recurso de inconstitucionalidad, por lo que resulta producto de una tardía reflexión que, por ello, no puede ser abordada en esta instancia.

Por las razones dadas, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 22/ 27 vta. y dar por perdido el depósito de ley.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del doctor Luis F. Lozano y sólo deseo agregar lo que sigue en torno a la supuesta afectación al derecho de defensa en juicio denunciada por el recurrente.

El presentante refiere que su mandante "procuró en sede judicial probar que […] tenía permiso de publicidad vigente en lugar de enderezar su defensa a que el permiso de publicidad era para el cartel que estaba colocado, por lo que, cuando el juez falla y la cámara confirma, que el permiso no era para ese cartel [y] por lo tanto no tenía permiso de publicidad, vulnera el principio acusatorio y la defensa en juicio" (fs. 25 vta./26). Sin embargo, al margen de las meras afirmaciones efectuadas en el recurso de hecho, y en lo que puede observarse en base a las escasas piezas procesales aportadas por el recurrente, no se ha demostrado en el caso vinculación alguna entre el derecho de defensa en juicio y lo resuelto por los jueces de mérito. Por lo contrario, debe descartarse la posibilidad de que la condena generara la "sorpresa" a la que se refiere el recurrente pues surge del relato efectuado por el juez de primera instancia (que no fue cuestionado, en lo que aquí importa, por el recurrente) que durante el debate se produjo prueba en torno a las características del anuncio publicitario cuya instalación se imputó a la firma Multimarketing S.A. y que la cuestión fue específicamente abordada por el representante del Ministerio Público Fiscal durante el juicio (conf. fs. 31/2). Además, la propia defensa indica que "el juez a instancia de la Fiscalía introdujo la noción de que pudo tener permiso pero no para lo que allí estaba" (fs. 42), lo que resulta suficiente para descartar la mera afirmación de una supuesta vulneración del "principio acusatorio".

En suma, la invocación del derecho de defensa en juicio y el principio acusatorio efectuada en los términos genéricos que se han descripto no resulta suficiente para constatar, en esta ocasión, la existencia de un genuino caso constitucional.

Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja interpuesta y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a foja 52.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la firma Multimarketing S.A. (Multimarketing) a fs. 22/27 vta., si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede prosperar dado que carece de una crítica adecuada y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. Para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II consideró que la infractora se limitaba a insistir en los puntos de crítica volcados en su recurso de apelación, sin que pueda entreverse agravio sustancial alguno (fs. 19

vta.). Así, a fs. 20 el tribunal *a quo* afirmó que "el recurso en examen ha reeditado cuestiones que ya fueron evaluadas en el fallo que aquí impugna, sin que su actual planteo ofrezca puntos de crítica constitucional novedosos y concretos contra las razones que dimos para justificar la confirmación del temperamento adoptado por el juez interviniente".

Respecto del planteo de arbitrariedad, la Cámara —que también lo juzgó reiteratorio—, sostuvo que no se verificaban en el caso los extremos requeridos para habilitar por esa vía excepcional y restringida la competencia del Tribunal. Entendió que las afirmaciones de la recurrente en este sentido expresaban "meras discrepancias" con el decisorio impugnado (fs. 21).

3. En su presentación directa, Multimarketing no logró exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Sala II de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. "Fantuzzi, José Roberto y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis causa 665-CC-00'", expte. nº 865/01, resolución del 9/4/2001).

Si bien la recurrente se refiere —en apartados indistintamente esparcidos a lo largo de su queja— a los fundamentos de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad, las pretensas objeciones que propone son en realidad impugnaciones constitucionales genéricas y afirmaciones infundadas. La demandada dedica la mayor parte de la presentación en estudio a reiterar la estrategia argumentativa que exhibiera en todas las oportunidades recursivas anteriores, lo que tampoco logra poner en crisis el auto denegatorio.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja intentado y dar por perdido el depósito de ley.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 22/27.

2º. *Dar por perdido* el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 52.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CXCIII

"CÁMARA DE EMPRESARIOS DE DISCOTECAS Y ENTRETENIMIENTOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Invocación genérica de derecho y garantías constitucionales.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad no puede prosperar porque la accionante no satisface adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados, ni aporta de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión, tal como prescribe el inc. 2º del art. 19 de la ley 402. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Carlos F. Balbín).*

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad se limita a señalar de manera genérica los derechos o garantías supuestamente afectados, los cuales pueden comprender múltiples situaciones y ser entendidos en muy diversos sentidos y con alcances disímiles, por lo cual quien acciona debe decir con meridiana claridad cuál es la relación que establece entre los preceptos constitucionales que menciona y las normas infraconstitucionales denunciadas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Carlos F. Balbín).*

3. La acción declarativa de inconstitucionalidad da cumplimiento —aunque de manera parcial — a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la ley 402 y en la reiterada jurisprudencia de este estrado, al observarse que la actora cumple con la exigencia de vincular de manera comprensible —aunque por demás escueta— algunas de las disposiciones contenidas en las normas cuya inconstitucionalidad sostiene con los preceptos constitucionales que considera afectados. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAO n° 7089/10 - 11/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Cámara de Empresarios de Discotecas y Entretenimientos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CEDEBA) promueve a fs. 36/55 la inconstitucionalidad —en los términos del art. 113 CCBA y art. 17 y concs., ley 402— de los arts. 10, 11 y 12 de la ley local 3361 por considerar que "mediante un ejercicio

arbitrario del poder de policía local, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires ha fijado una serie de limitaciones al normal desenvolvimiento de la actividad de entretenimientos nocturnos, que implican un claro avasallamiento" a los principios constitucionales de ejercer actividad lícita, proporcionalidad, igualdad, legalidad y a trabajar (fs. 41 vta.).

2. El señor fiscal general emitió dictamen a fs. 90/92.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2°, de la ley 402.

2. No obstante ello, la demanda no puede prosperar. La accionante no satisface adecuadamente ni la carga de establecer una relación directa entre las normas cuestionadas y los principios, derechos o garantías de rango constitucional que entiende vulnerados, ni aporta de forma acabada los fundamentos que motivan su pretensión, tal como prescribe el inc. 2° del art. 19 de la ley 402.

Así en el escrito inicial se denuncia la inconstitucionalidad de los arts. 10, 11 y 12 de la ley 3361, sin proporcionar argumentos suficientes respecto de cómo las normas cuestionadas vulneran las disposiciones de la Constitución Nacional y de la CCBA que están invocados. En verdad, de la simple lectura del escrito inicial se advierte dominante una crítica reiterada basada en conjeturales conductas sociales de nuestros jóvenes frente a la reglamentación de la actividad comercial que representa la actora, empero no surge de manera clara la forma en que los artículos cuestionados colisionan con los múltiples derechos constitucionales invocados.

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* "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).

La demanda interpuesta, como se aludió en las resultas, se limita a señalar de manera genérica que "mediante un ejercicio arbitrario del poder de policía local, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires ha fijado una serie de limitaciones al normal desenvolvimiento de la actividad de entretenimientos nocturnos, que implican

un claro avasallamiento" a principios constitucionales tan significantes como de ejercer actividad lícita, proporcionalidad, igualdad, legalidad y a trabajar.

Ahora bien, cuando los derechos o garantías supuestamente afectados pueden comprender múltiples situaciones, ser entendidos en muy diversos sentidos y con alcances disímiles, quien acciona debe decir con meridiana claridad cuál es la relación que establece entre los preceptos constitucionales que menciona y las normas infraconstitucionales denunciadas.

Tanto más en procesos peculiares, con control abstracto de constitucionalidad y competencia originaria del Tribunal, porque no se trata de que sean los jueces sino la actora, la que propone el conflicto internormativo traído a decisión y las razones que habilitan su presentación.

3. En consecuencia, voto por declarar inadmisible la demanda.

El juez José O. Casás dijo:

1. La parte actora se encuentra legitimada para interponer la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

Además, los arts. 10, 11 y 12 de la ley 3361 son normas de carácter general emanadas de las autoridades de la Ciudad que se encuentran objetadas por motivos constitucionales. Se satisfacen, de este modo, otras de las exigencias previstas en el art. 113, inc. 2º de la CCBA y en el art. 17 de la ley 402.

Asimismo, en el "Objeto" —punto II— y en el "Petitorio" —punto X— del escrito inicial (fs. 36 y 55, respectivamente), la interesada se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de las normas cuestionadas.

2. La demanda, desde mi punto de vista, también da cumplimiento —aunque de manera parcial, como se verá más adelante— a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la reiterada jurisprudencia de este estrado (conf. *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). En efecto, se observa que la actora cumple con la exigencia de vincular de manera comprensible —aunque por demás escueta— algunas de las disposiciones contenidas en las normas cuya inconstitucionalidad sostiene con los preceptos constitucionales que considera afectados.

2.1. En este sentido, la accionante entiende que los arts. 10, 11 y 12 de la ley 3361 vulneran los arts. 14, 16, 17, 19 y 28 de la C.N. Considera que la regulación contenida en tales preceptos resulta irrazonable y desproporcionada, pues con las restricciones allí implementadas no se puede lograr el objetivo buscado por el legislador. Argumenta también que las restricciones dispuestas en las normas impugnadas resienten el derecho a ejercer industria lícita, el derecho de propiedad, el derecho a

trabajar y desconocen el principio de autonomía de la voluntad. Finalmente, afirma que las regulaciones objeto de tacha vulneran la garantía de igualdad ante la ley.

2.2. Los planteos contenidos en el escrito de inicio, en definitiva, parecen orientarse a demostrar la inconstitucionalidad del tratamiento que los tres artículos legales impugnados dispensan a una específica categoría de locales entre todos aquellos que comercializan bebidas alcohólicas, los locales de baile, pues a ellos se refiere de manera expresa y reiterada la actora cuando trae a mención la violación de *derechos constitucionales económicos* en juego —se sostiene que las medidas objetadas "implica(n) hacer económicamente inviable la subsistencia de la industria" (fs. 45 vta.)—, el derecho a ejercer industria lícita, el derecho de propiedad, el derecho a trabajar, y la garantía de igualdad ante la ley.

La accionante, en pocas palabras, a lo largo de su presentación se ocupa de criticar la regulación implementada en esos tres artículos de la ley 3361 que sean susceptibles de aplicación en esos ámbitos específicos —los locales bailables—. En ese marco de razonamiento, es posible identificar tres críticas concretas al régimen legal aplicable a los locales bailables: *a)* en cuanto establece un horario para el expendio de bebidas alcohólicas en los locales habilitados a tal fin (art. 10); *b)* en cuanto establece un horario para el ingreso y permanencia en esos locales (art. 11), y *c)* en cuanto establece un horario determinado como límite para el funcionamiento de esos locales (art. 12).

2.3. Es por ello que, por el alcance dado a la demanda, la pretensión no incluye la impugnación constitucional de los párrafos del art. 10 de la ley 3361 que se refieren al expendio de bebidas alcohólicas para consumo *fuera del establecimiento que las comercializa* y al expendio de bebidas alcohólicas bajo la modalidad de *envío a domicilio (delivery)*, ya que las objeciones ensayadas simplemente no se refieren a tales tópicos; por ende, la forma en que se ha planteado la cuestión no permite acreditar la conexión entre esas normas y los derechos constitucionales que en este expediente se consideran vulnerados en abstracto. Dicho de otro modo, al margen de cierta imprecisión de la demanda, la parte actora ha formulado un cuestionamiento parcial de los preceptos atacados que queda circunscripta a los segmentos indicados en el punto anterior porque las objeciones sólo giran a su respecto.

2.4. En rigor, hay otro precepto en los artículos impugnados que, no obstante referirse puntualmente a los locales de baile, tampoco aparece cuestionado en tanto los reparos constitucionales esgrimidos no se refieren a él.

Se trata del segundo párrafo del art. 11 de la ley 3361 que regula el acceso y permanencia de menores de entre 15 y 18 años en un horario exclusivo para ellos que va desde las 16 hs hasta las 24 hs. Así, entiendo que este precepto tampoco puede formar parte del examen que le corresponde efectuar al Tribunal en el marco

de la acción intentada, por no cumplirse a su respecto el recaudo de fundamentación exigible para superar la etapa de admisibilidad formal de la pretensión.

2.5. Considero finalmente que, por el mismo motivo señalado en los puntos 2.3 y 2.4 precedentes —insuficiente vinculación de la norma objeto de tacha con los derechos constitucionales que se consideran vulnerados—, tampoco puede superar esta etapa de admisibilidad formal el cuestionamiento dirigido contra el art. 12 de la ley citada, referido al límite horario de las 7:00 hs fijado para el funcionamiento de los locales bailables clase "a".

La argumentación en este punto es sumamente genérica y, a partir de ello, se desentiende de las objeciones que previsiblemente puedan aducirse para respaldar la compatibilidad o coherencia de esa disposición típica del poder de policía con los preceptos de las constituciones local y nacional que se aducen vulnerados (conf. voto del juez Luis F. Lozano al que adherí *in re* "Asociación de Hoteles, Restaurantes, Confiterías y Cafés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 7059/10, sentencia del 29/4/2010 y sus citas).

Además, a mayor abundamiento, corresponde señalar en este punto que, en el precedente "Macbar S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2577/03, sentencia del 13/10/2004, este Tribunal ya ha debido pronunciarse acerca de un cuestionamiento similar al presentado en autos. En efecto, en aquella causa también se objetó *en abstracto* el horario de cierre previsto para los locales de baile clase "c", fijado para las 4:00 hs en el art. 10.2.20 del Código de Habilitaciones (AD 700.49). La pretensión en la causa "Macbar", cabe aclararlo, buscó apoyo en los mismos preceptos constitucionales invocados en esta ocasión (derecho de propiedad, derecho a las libertades económicas, derecho a trabajar y de ejercer industria lícita, igualdad ante la ley y principio de razonabilidad). Y el Tribunal, luego de sustanciado el proceso, resolvió sobre el fondo del asunto y dispuso el rechazo de la acción. Es así que la circunstancia apuntada, en mi opinión, permite hacer aplicación del art. 20 de la ley 402 para rechazar esta demanda, en cuanto ella se refiere al art. 12 de la ley 3361, norma que, como se dijo, establece como límite horario para el funcionamiento de los locales de baile clase "a" las 7:00 hs —contemplando una tolerancia de media hora más para cesar la actividad—, en atención a que las mínimas diferencias que se observan entre las pretensiones ventiladas en uno y otro caso son, en mi opinión, irrelevantes.

3. En suma, más allá de lo que se decida en su hora —luego de la sustanciación del proceso— con relación al planteo de fondo, entiendo que la pretensión de la actora resulta formalmente admisible sólo en cuanto a las objeciones formuladas contra: *a)* El *último párrafo del art. 3.1.1.* del Capítulo 3.1. de la Sección 3, Título 2, del Código de Habilitaciones y Verificaciones aprobado por la Ordenanza 33.266, según la redacción que le diera el *art. 10 de la ley 3361* ("La venta de bebidas alcohólicas dentro de los locales que estén habilitados para tal fin, queda prohibida en

el horario comprendido entre las 5.00 y las 10.00 hs, y el consumo entre el horario comprendido entre las 5.30 y las 10.00 hs)"; y *b)* el *primer párrafo del art. 10.2.10* del Capítulo 10.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones aprobado por Ordenanza 33.266, según la redacción que le diera el *art. 11 de la ley 3361* ("El ingreso a estos locales queda prohibido en el horario comprendido entre las 4.00 y las 16.00 hs, cuando la actividad a desarrollar sea la de baile").

4. Dadas las características de las cuestiones en juego, considero pertinente citar, atento la competencia que tiene atribuida, a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad (conf. art. 21, ley 402 y art. 13, ley 3 —texto según ley 1177—), en tanto la visión que puede llegar a aportar al proceso permite asumir que su participación enriquecerá el debate.

5. Por las razones expresadas en los puntos precedentes y las vertidas en sentido concordante por el señor fiscal general en su dictamen (fs. 90/92 vta.), considero que el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la demanda es formalmente admisible con los alcances que surgen del punto 3 de este voto. Corresponde, por lo tanto, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en la LPTSJ (art. 21), así como la citación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del señor juez José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, por compartir los argumentos que fundamentan su decisión.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

Adhiero al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente inadmisible la demanda interpuesta a fs. 36/55 por la Cámara de Empresarios de Discotecas y Entretenimientos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CEDEBA).

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Carlos F. Balbín.*

CXCIV

"GCBA C/VACATION RESORTS (RESERVADO) S/EJ. FISC. —INGRESOS BRUTOS— S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Requisitos. Sentencia definitiva. Recurso de inconstitucionalidad. EJECUCIÓN FISCAL: Excepción de prescripción. PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA: Plazos. Aplicación del Código Civil. POTESTAD TRIBUTARIA: Autonomía tributaria local.

SUMARIOS:

1. Ha sido mal concedido el recurso ordinario de apelación contra el rechazo de la excepción de inhabilidad de título respecto del tributo exigido, de la defensa fundada en el art. 9º del CCAyT y de las objeciones realizadas a los intereses demandados, no tiene carácter de sentencia definitiva, porque el ejecutado puede llevar esas defensas y planteos a la vía ordinaria sin que la ejecución ordenada obste a su pretensión de ningún modo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. El planteo de inconstitucionalidad promovido por el ejecutado para fundar la defensa de prescripción es una cuestión de derecho, y el fallo aquí recurrido implicó el pleno debate, examen y solución de dicha cuestión, a pesar de las limitaciones impuestas al conocimiento judicial por el carácter acotado del juicio de apremio, de modo que el rechazo de la defensa de prescripción es susceptible del recurso ordinario intentado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. No coincido con la hermenéutica plasmada por la Corte en el caso "Filcrosa" respecto del plazo de prescripción de la obligación tributaria local y el núcleo de mi discrepancia radica en los alcances reconocidos por el máximo tribunal federal a las autonomías locales en materia tributaria. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Está fuera de discusión que la creación de tributos locales integra el conjunto de competencias no delegadas por las provincias al Gobierno nacional, y que el constituyente federal de 1994 reconoció a la Ciudad —autónoma por voluntad de aquél— la misma facultad (conf. arts. 75, inc. 2º; 121, 122, 123, 125 y 129, C.N.). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La remisión al derecho de propiedad no resulta una guía constitucionalmente válida para ampliar o restringir el campo de la autonomía tributaria local, como parece entenderlo la CSJN en su jurisprudencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. No guarda coherencia, y contraría lo preceptuado por los artículos comprendidos en el título segundo de la segunda parte de la Constitución Nacional, que se reconozca a una unidad federal autónoma el derecho a darse sus propias instituciones y a regirse por ellas (v. gr.: el sistema tributario local) y simultáneamente se someta a regulación externa (federal) una pieza clave de esas mismas

instituciones (v. gr.: la prescripción en el régimen tributario local). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Los Estados locales son los que deben decidir en qué plazos y bajo qué circunstancias prescribe una obligación tributaria, lo que contribuye a establecer una política tributaria previsible y efectivamente autónoma. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Es cuestionable una hermenéutica que transfiere, sin mediaciones, al ámbito del derecho público, el modo en que un instituto como la prescripción está reglado en un cuerpo normativo destinado a regir relaciones de derecho privado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. La prescripción puede ser regulada tanto por la legislación de fondo como por la legislación local y el criterio de distribución de competencia no puede construirse a partir de priorizar las normas del Código Civil sin atender al tipo de relaciones jurídicas involucradas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Más allá de haberse planteado contra una sentencia equiparable a definitiva, entiendo que el recurso ordinario de apelación no puede prosperar en atención a la proyección de los efectos de la Cláusula de los Códigos por encima de la potestad normativa tributaria local sobre regulaciones tales como las relativas a los plazos de prescripción, evitando, frente a la reconocida autonomía del derecho tributario en su conjunto —y en relación a todos los planos de gobierno—, hacer primar el unitarismo centralista del Código Civil sobre el federalismo de la Constitución. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Si bien el requisito de que el recurso ordinario de apelación esté dirigido contra una sentencia que reúna el carácter de definitiva no es uno que esté expresado con esa calificación en la ley, es el que mejor armoniza con la función del recurso y la exigencia, está sí expresa en el art. 38 de la ley 402 en cuanto dispone que 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, de que la suma que sirve de umbral a la apelación sea la última discutida, y recabarlo constituye jurisprudencia constante del Tribunal que, en este punto, recepta los criterios elaborados por la CSJN en relación con la apelación ordinaria prevista en el orden nacional; jurisprudencia de la que la parte recurrente no se ha hecho cargo. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. No puede prosperar el argumento del recurrente según el cual no constituiría un requisito para la procedencia del recurso ordinario de apelación que se encuentre dirigido contra una sentencia definitiva; carácter que no reviste la decisión que aquí se viene controvirtiendo, toda vez que, por regla, las sentencias recaídas en juicios ejecutivos no configuran sentencia definitiva y el recurrente no ha acreditado que la decisión de Cámara constituya una excepción a esa regla por haberse expedido acerca de la obligación de fondo, impidiendo, de esa manera, que haya un proceso ordinario ulterior. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La existencia de perjuicio de imposible reparación ulterior, podría llevar a la equiparación de la decisión que se viene cuestionando a una definitiva, o por lo menos una parte de ella, a los fines del recurso de inconstitucionalidad; ello, desde luego, para buscar revisión de una cuestión constitucional o federal, pero esa equipa-

ración no procede frente al recurso ordinario de apelación ante el Tribunal, y la razón de esa diferencia de trato encuentra apoyo en el hecho de que esos dos recursos persiguen fines distintos. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

14. El recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto posibilitar que el Tribunal cumpla con la competencia que le viene encomendada por el art. 113, inc. 3º, de la CCBA; en cambio, el recurso de apelación ordinaria fue pensado para conceder mayor seguridad y acierto a las sentencias que decidan cuestiones que comprometan el patrimonio estatal por la vía de posibilitar la intervención del Tribunal como una instancia de mérito más, y el fundamento de que se requiera para su procedencia el requisito de que sea interpuesto contra la sentencia definitiva, no es otro que evitar el control prematuro por parte de este Tribunal de pleitos cuyas sentencias definitivas, a la postre, podrían no comprometer el importe mínimo previsto para la apelación ordinaria (conf. el inc. 6º, del art. 26, de la ley 7). *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

En su voto, la señora jueza Ana María Conde remite a sus fundamentos expuestos en el expte. nº 2192/03 "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114 C.F.)'", sentencia del 17/11/2003, cuyos sumarios son los siguientes:

1. La Ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el art. 75, inc. 2°, de la C.N. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Aun cuando se intentara adoptar una postura restrictiva de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, ella no encontraría sustento ni siquiera en la ley 24.588 que reconoce expresamente el ejercicio por los órganos del gobierno local de las facultades tributarias a las que alude, y dentro de tal ejercicio es lógico que la normativa local pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La prescripción liberatoria extingue la acción del acreedor —a diferencia de la caducidad, que extingue el derecho— en virtud de su inactividad por el lapso fijado en la ley, y aparece, así como una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere [conf. art. 3949 del Cód. Civil]; su fundamento se encuentra en la seguridad jurídica que se deriva del hecho de que el deudor de una obligación no esté expuesto, *sine die*, a la acción del acreedor sobre su patrimonio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La regulación de la prescripción liberatoria por el Código Civil está destinada a proyectarse sobre aspectos relativos a los efectos adjetivos de las relaciones sustantivas que ese cuerpo normativo contempla. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Dado que las provincias no han delegado en el Gobierno federal el dictado de los códigos de procedimientos, parece razonable pensar que el legislador federal, al dictar las normas que constituyen la legislación común de la República, ha querido asegurarse cierta homogeneidad en algún aspecto atinente a tal regulación, y toda vez que esa regulación constituye un avance sobre las facultades inherentes a los Estados que integran el sistema federal, debe considerársela limitada a las relaciones jurídicas establecidas con base en los cuerpos normativos mencionados en el art. 75, inc. 12 de la C.N., aun cuando se parta de una relación jurídica de derecho público, pero no puede admitirse su aplicación en materias cuya regulación no ha sido delegada en el Gobierno federal, como es la tributaria local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Cuando en el art. 75, inc. 12 la C.N. establece que es atribución del Congreso nacional la de dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, se agrega "...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales..."; expresión que no deja lugar a dudas respecto de los alcances de las disposiciones contenidas en la legislación común y que permite afirmar que, desde el punto de vista del diseño constitucional argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en el precepto citado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Ante un supuesto de vacío legislativo podrían aplicarse supletoriamente los plazos de prescripción contemplados en el Código Civil, que regulan las relaciones entre acreedores y deudores en el ámbito del derecho privado, y no las que se originan entre el Estado y sus gobernados cuando aquél obra como poder público en ejercicio de su soberanía e imperio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Los legisladores locales —con relación a aquellas materias no comprendidas en la delegación constitucional en el Gobierno federal, v. gr. materia administrativa y tributaria— pueden establecer plazos de prescripción que se sujeten a pautas objetivas de razonabilidad, que no sean arbitrarios y que no constituyan una vía indirecta de afectación de los derechos de los habitantes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 6879/09 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Vacation Resorts (en adelante, "VR") interpuso un recurso de apelación ordinario ante el Tribunal Superior de Justicia, conf. arts. 113, inc. 5º de la CCBA, (fs. 391/392 vta.) contra la sentencia de Cámara de fs. 366/371 vta. que, en lo que ahora importa, *i)* confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó: *a)* las excepciones de prescripción y de inhabilidad de título opuestas por la demandada; *b)* los planteos que opuso VR a la procedencia de la ejecución fiscal con base en una

interpretación del art. 9º del CCAyT; *c)* la tacha de inconstitucionalidad formulada por la hoy recurrente; y *d)* mandó llevar adelante la ejecución por la suma reclamada en concepto de ISIB, con más sus intereses; y *ii)* impuso las costas de ambas instancias en un 70 % a la parte demandada y en un 30 % a la parte actora.

2. La Sala I de la Cámara CAyT de la CABA para resolver en la forma indicada en el párrafo que antecede sostuvo, primeramente, que resulta válido que las jurisdicciones locales establezcan plazos de prescripción distintos de los regulados en el Código Civil. Con relación a esa cuestión, señaló que: *i)* los institutos del derecho tributario, entre los que se encuentra la prescripción, "…revisten una naturaleza autónoma que deriva del ejercicio del poder estatal a fin de obtener los recursos necesarios para satisfacer necesidades colectivas" (fs. 367 vta.); *ii)* las normas del Código Civil tienen por fin regular relaciones jurídicas distintas de las que tienen por objeto reglar el derecho tributario; y, por último, *iii)* como "…el derecho tributario es una rama autónoma del derecho público que, a su vez, por expresa atribución constitucional es de exclusivo resorte de las autoridades locales —arts. 1º, 12, y 129 C.N.— no cabe, en principio, la aplicación de las normas del Código Civil" (fs. 367 vta.). Finalmente, remitió a lo dicho por esa Sala, y luego por este Tribunal, en la causa "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114 C.F.)", expte. nº 2192/03, resolución de 17/11/2003.

Luego de ello, descartó la interpretación que la parte recurrente venía proponiendo del art. 9º del CCAyT según la cual mientras se encuentre controvertida judicialmente la determinación tributaria carecería el GCBA de la facultad de perseguir el cobro judicial del importe resultante de esa determinación, remitiéndose a lo resuelto por esa Sala en la causa "'Club Mediterranée Argentina S.R.L. y otros c/GCBA s/medida cautelar', expte. nº 6811/1, sentencia del 8/7/2003" (fs. 368 vta.) y a lo dicho por el Dr. Casás *in re* "GCBA c/Club Mediterranée Argentina S.R.L. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido'", expte. nº 2133/03, sentencia del 27/5/2003.

Por su parte, el *a quo* rechazó el planteo de manifiesta inexistencia de deuda que formuló la parte recurrente como excepción de inhabilidad de título. En particular, sostuvo que ese planteo resultaba improcedente atento que, por un lado, la "…alegada inexistencia de deuda no se vislumbra con carácter manifiesto" y, por el otro, esa "…cuestión está siendo objeto de debate en el proceso ordinario promovido por Vacation Resorts SAS y Club Méditerranée S.R.L." (fs. 370).

Asimismo, descartó los planteos de VR dirigidos a impugnar los intereses cuyo pago se le reclama. Primeramente, señaló que "…el fin que ha perseguido el legislador al establecer intereses sensiblemente superiores a los fijados para otros tipos de créditos es el de conminar a los administrados al pago en tiempo oportuno de los impuestos, tasas y contribuciones, esenciales para el sostenimiento del Estado (esta Sala, *in re* 'GCBA c/Comellas, Marcelo Ángel s/ejecución fiscal', del 12/8/2003)" (fs. 370 vta.). A su vez, manifestó que resultaba razonable que los intereses moratorios se devengaran desde el vencimiento de cada uno de los

períodos cuyo pago se reclama. En ese orden de ideas, indicó que "…si bien la demandada alega demora del Gobierno local en llevar a cabo la determinación del tributo, no puede perderse de vista que esa determinación fue realizada de oficio por el Fisco ante la falta de ingreso del tributo en forma espontánea y oportuna por parte de la demandada" (fs. 370 vta.). Por último, sostuvo que "[r]especto del planteo efectuado en relación con la existencia de doble sanción por la aplicación de la multa, tal como lo señaló el magistrado *a quo,* en tanto se ha dispuesto que la ejecución de ésta no procede hasta que sea resuelta la impugnación judicial del acto administrativo que la impuso, no corresponde expedirse al respecto en esta oportunidad" (fs. 371).

Finalmente, la Cámara decidió revocar la sentencia de primera instancia e imponer las costas "en un 70 % a la parte demandada y en un 30 % a la parte actora" (fs. 371).

3. Contra esa decisión VR interpuso el recurso ordinario de apelación que se menciona en el punto 1 (fs. 391/392 vta.). La Cámara concedió ese recurso. Sostuvo para ello, por un lado, con cita de fallos del Tribunal y de la CSJN, que correspondía equiparar la decisión que se viene recurriendo a una definitiva porque al resolver la excepción de prescripción, frustró cualquier posibilidad de una revisión judicial ulterior vinculada con ese tema; y, por el otro, que la suma disputada en último término, sin sus accesorios, supera el límite legalmente impuesto (fs. 401/401 vta.).

4. A fs. 420/461, la parte recurrente presentó su memorial ante el Tribunal. En él, mantiene los planteos que venía formulando en las instancias de mérito. En este orden de ideas, sostiene:

i) Que la obligación que se pretende ejecutar se encuentra prescripta. Manifiesta que el único facultado para regular los plazos de prescripción de las obligaciones tributarias locales es el legislador nacional. "Por ello, [afirma que] el plazo de prescripción es de cinco años (art. 4027 inc. 3º del Cód. Civil) [y] sólo resultan de aplicación las causales de suspensión o interrupción reguladas en dicho ordenamiento y se computa como establece el Código Civil…" (fs. 424 vta.). En virtud de ello, solicita que se declare la inconstitucionalidad de cualquier norma local que regule la prescripción en forma menos favorable a sus intereses que la prevista en el mencionado código (en particular, sostiene que resultan inconstitucionales los arts. 13 de la ley 671 y 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 y concordantes del C.F., "…vigente al tiempo de oponer excepciones", v. fs. 427 vta.). Concluye su razonamiento afirmando que resulta "…claro entonces que la pretensión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra claramente prescripta, en tanto que desde el nacimiento de las respectivas obligaciones (que corresponden a los períodos 2/1991 a 1/1997) y hasta la fecha de interposición de la presente demanda (25/4/2003) ha transcurrido en exceso el plazo de cinco años respecto de cada una de las obligaciones pretendidas mediante la presente ejecución

fiscal" (fs. 428 vta.). En apoyo a su postura cita varios precedentes de la CSJN. En esa línea, sostiene que el Tribunal, dada la constante jurisprudencia de la CSJN en la materia, debería revisar la doctrina sentada *in re* "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires", ya citado.

Finalmente, manifiesta que no resultan válidos para defender la competencia local para determinar los plazos de prescripción el argumento según el cual: *i)* el Congreso estableció, como legislatura local, mediante la ley 19.489, un plazo de prescripción distinto del previsto en el Código Civil; y *ii)* el derecho tributario sería una rama autónoma del derecho. Ello así, porque, a criterio del recurrente, todo lo relativo a la prescripción constituye materia que ha sido delegada por las provincias al Congreso. En tales condiciones, sostiene que la ley 19.489 resulta inconstitucional, aun cuando haya sido dictada por el Congreso nacional.

iii) Que goza del derecho a discutir acerca de la validez de la obligación tributaria cuyo cobro se le reclama, sin que le sea requerido su pago con carácter previo a que exista una sentencia firme judicial con relación a esa discusión. En este orden de ideas, sostiene que los arts. 17 de la C.N. y 12, inc. 6º, de la CCBA y 8º de la CADH "…le otorgan a [su] mandante *el derecho a impugnar judicialmente la determinación de oficio del impuesto sin pagar previamente el impuesto cuestionado*…" (fs. 433 vta., el destacado corresponde al original); derecho que, afirma, "…se encuentra reglamentado en el art. 9º del Código Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 433 vta.). Continúa su razonamiento manifestando que "[e]n los términos de [ese] (…) artículo del código ritual *el GCBA podría solicitar al juez del juicio ordinario de impugnación que, con carácter cautelar, disponga el pago previo, pero ello no ocurrió en nuestro caso, por lo cual el acceso a la justicia de mi mandante debe ser irrestricto y no puede ser impedido a través de la ejecución del impuesto*" (fs. 433 vta., el destacado corresponde al original). Por su parte, sostiene que yerra el *a quo* en cuanto afirma que no fue controvertida la constitucionalidad de las normas del Código Fiscal que habilitan a la Administración a emitir boleta de deuda e iniciar la ejecución fiscal en las condiciones que lo ha hecho aquí. Manifiesta que de sus agravios y de la jurisprudencia que cita en apoyo a su postura "…se deriva que *es inconstitucional la normativa que permite al Fisco librar boleta de deuda e iniciar un juicio de ejecución fiscal de una obligación determinada de oficio que, como ocurre en autos, fue impugnada judicialmente en tiempo y forma (extremo respecto del cual no hay controversia)*" (fs. 435, el destacado corresponde al original).

iv) Primeramente, que no resultan procedentes los importes que la Administración le reclama en concepto de intereses porque su mandante no estaría en situación de "mora culpable"; requisito que, afirma, resulta "…indispensable para que el deudor deba hacerse cargo del pago de los

(…) intereses" (fs. 444 vta.). Sin ella, no pueden ser exigidos, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Ika Renault SAICyF" (304:203) y "Citibank N.A." (Impuestos 2000-B, 1957)" (fs. 445). A lo que agrega, que en el caso "…el Fisco actuó de un modo especulativo, dejando transcurrir el tiempo para que su crédito se incremente con intereses resarcitorios que, por su altísima tasa, son la mejor inversión posible" (fs. 446). Por lo demás, aduce que viola el principio del *non bis in idem* el hecho de que se le apliquen multas e intereses en forma conjunta, atento el carácter sancionador que revisten ambos institutos.

v) Que la deuda que se le reclama es manifiestamente inexistente porque su mandante no realiza actividad alguna en el territorio de la Argentina. En este orden de ideas, manifiesta que "[e]l solo hecho de advertir que se le está reclamando a VR, sociedad extranjera sin actividad alguna en la Ciudad de Buenos Aires, ni en el resto del país, el pago del impuesto sobre los ingresos brutos por los paquetes turísticos que venden agentes de viajes de todo el país (siendo éstos los que ejercen actividad en el país y tributan el impuesto por la comisión que reciben), demuestra la manifiesta inexistencia de la deuda reclamada.// Gravar con un impuesto local a una sociedad extranjera que no realiza actividad en la Ciudad ni en el país e incluir como base imponible lo abonado en todo el país (incluso fuera de la Ciudad de Buenos Aires) por estadías en hoteles del exterior, pasajes aéreos internacionales y transfers en el exterior es manifiestamente inadmisible" (fs. 422 vta.).

Por último, pide "…para el hipotético e improbable supuesto que V.E. no revoque la sentencia apelada en los términos aquí peticionados, […] que se ordene la *suspensión de la presente ejecución* hasta tanto se resuelva la causa 'Club Méditerranée Argentina S.R.L. y otro c/GCBA s/impugnación de acto administrativo' (Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 3, Secretaría 5), por su evidente conexidad entre ambos juicios, ya que en el ordinario mencionado se encuentra también en debate la inexistencia de la deuda que se pretende ejecutar y esta parte goza del derecho a discutir la improcedencia del reclamo fiscal, sin necesidad de efectuar el pago previo de la obligación reclamada" (fs. 458 vta., el destacado corresponde al original).

Finalmente, afirma que se encuentran reunidos en el *sub lite* los requisitos formales para que proceda el recurso ordinario porque la Ciudad es parte en este proceso y el monto discutido supera los $ 700.000. Por su parte, señala que "[s]in perjuicio que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no requiere que el pronunciamiento apelado sea una sentencia definitiva, ni tampoco lo hace la legislación concerniente al recurso ordinario de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (leyes 7 y 402, entre otras), considerando las interpretaciones realizadas por el

> TSJBA en su jurisprudencia, señalamos también en esta oportunidad que el *pronunciamiento apelado tiene la nota de definitividad* (sic) *requerida por el TSJBA para la admisibilidad del recurso interpuesto*, sin que ello implique reconocer ni consentir la procedencia ni la constitucionalidad de tal requisito" (fs. 459 vta., el destacado corresponde al original). A lo que agrega que "[l]a sentencia apelada es definitiva o asimilable a tal, no obstante tratarse de un juicio de apremio, entre otras cosas, *porque ha rechazado la excepción de prescripción y ella no podrá ser revisada en un juicio posterior*, lo cual otorga al pronunciamiento apelado el carácter definitivo suficiente para la procedencia del recurso interpuesto (conf. TSJBA, 22/12/2004, 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal'; TSJBA, 23/2/2005, 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal'; entre otros)" (fs. 459 vta., el destacado corresponde al original). Asimismo, afirma que hay otras cuestiones que fueron resueltas en esta causa que no van a poder ser revisadas en una ulterior oportunidad.

5. El GCBA contestó el traslado que se le confiriese del memorial reseñado en el punto que antecede solicitando que se rechacen los agravios allí expuestos (fs. 464/478 vta.).

6. El fiscal general adjunto dictaminó a favor de que se declare mal concedido el recurso ordinario de apelación; para opinar lo cual, sostuvo que ese recurso no está dirigido contra una sentencia definitiva, puesto que ese carácter lo reviste —a los efectos del recurso ordinario de apelación— la decisión que pone fin al litigio o impide su continuación, carácter que, afirma, no reviste la que acá se recurre; "…sin que la invocación de un gravamen irreparable permita subsanar la ausencia de tal recaudo" (fs. 483 vta.). En esa línea, manifiesta que el criterio utilizado para definir la sentencia definitiva "…resulta ser mucho más estricto en los supuestos de tercera instancia ordinaria que en los casos de recursos de inconstitucionalidad, en los que se ha equiparado a sentencia definitiva resoluciones que causen un gravamen de insuficiente o imposible reparación ulterior" (fs. 483 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Como se verá en lo que sigue, corresponde declarar mal concedido el presente recurso de apelación, cuyo memorial obra a fs. 420/461, porque no cumple, tal como indica el fiscal general adjunto en su dictamen, con el requisito de estar dirigido contra la sentencia definitiva.

2. La parte recurrente sostuvo, al interponer ese recurso, que no constituye un requisito para la procedencia de ese remedio procesal que esté dirigido contra una sentencia definitiva, dado que esa exigencia no está prevista en ley alguna; no

obstante lo cual, agregó que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal,[36] la sentencia que se viene cuestionando, de todos modos, resultaría equiparable a una definitiva porque se expidió acerca de cuestiones que no van a poder ser replanteadas en un proceso ulterior de conocimiento amplio (conf. fs. 391 vta./392 vta.; cuestiones que reitera en su memorial, véase último párrafo del punto 4 de los "resulta"). Entre esas cuestiones, afirma, se encuentran los rechazos: *i)* de la excepción de prescripción fundada en la preeminencia de las normas del Código Civil sobre las locales que regulan ese instituto con relación a las obligaciones tributarias; *ii)* del planteo según el cual no procedería la vía ejecutiva mientras se encuentre discutida judicialmente la determinación de oficio que le dio origen; y *iii)* de los agravios dirigidos a cuestionar la procedencia de los intereses moratorios —la parte recurrente manifiesta que no puede serle reclamada a su mandante el pago de esos intereses porque: *a)* no se ha acreditado la existencia de la culpa a que se refiere el art. 512 del Cód. Civil; *b)* ellos resultarían inválidos atento lo elevados que son; y *c)* constituyen una sanción lo que impediría que sean impuestos en forma conjunta con multas, por imperio del *non bis in idem*.

2.1. Si bien el requisito de que el recurso de apelación esté dirigido contra una sentencia que reúna el carácter de definitiva no es uno que esté expresado con esa calificación en la ley, es el que mejor armoniza con la función del recurso y la exigencia, está sí expresa en el art. 38 de la ley 402 en cuanto dispone que "…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", de que la suma que sirve de umbral a la apelación sea la última discutida, y recabarlo constituye jurisprudencia constante del Tribunal que, en este punto, recepta los criterios elaborados por la CSJN en relación con la apelación ordinaria prevista en el orden nacional (conf. TSJBA *in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss.); jurisprudencia de la que la parte recurrente no se ha hecho cargo. En esas condiciones, no puede prosperar el argumento de VR según el cual no constituiría un requisito para la procedencia del recurso de apelación que se encuentre dirigido contra una sentencia definitiva; carácter que no reviste la decisión que aquí se viene controvirtiendo. Ello así, toda vez que, por regla, las sentencias recaídas en juicios ejecutivos no configuran sentencia definitiva (conf. la doctrina de *Fallos,* 164:103; 167:423; 182:293, entre muchos otros) y VR no ha acreditado que la decisión de Cámara constituya una excepción a esa regla por

[36] Citó los precedentes: "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, sentencia del Tribunal del 22/12/2004 y, "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3275/04, sentencia del 23/2/2005.

haberse expedido acerca de la obligación de fondo, impidiendo, de esa manera, que haya un proceso ordinario ulterior.

2.2. Asimismo, y a la luz del criterio mencionado *supra*, cabe concluir que el perjuicio de imposible reparación ulterior que la parte recurrente afirma le genera la decisión adoptada en el *sub lite,* consistente en la imposibilidad de poder replantear determinadas cuestiones en un proceso ulterior de conocimiento amplio (véase punto 2 de este voto), no logra hacer excepción al requisito al que me vengo refiriendo: que mediante la apelación ordinaria se venga impugnando la sentencia definitiva. En este orden de ideas, la CSJN tiene dicho, para la apelación ordinaria ante ella, que "…la tercera instancia ordinaria sólo procede respecto de las sentencias definitivas, o sea aquellas que ponen fin al pleito o hacen imposible su continuación, siendo inaplicable para este recurso, [el recurso ordinario], el procedimiento de equiparación admitido para el extraordinario, respecto de los autos que causan gravamen irreparable" (*Fallos,* 212:309). La CSJN, en ejercicio de esa regla, resolvió en la causa citada que "…si bien se ha acordado la apelación ordinaria contra las sentencias que declaran la prescripción de la multa en el procedimiento de su ejecución —*Fallos,* 187:569; causa 'Díaz A. y otro s/defraudación imp. int.', fallada en 3 de noviembre del cte. año y las allí citadas— ello obedece a la circunstancia de que tales resoluciones ponen fin a la causa por razones no contempladas en el fallo final de la misma y caben así en el segundo supuesto enunciado en el concepto de sentencia definitiva a que se ha hecho referencia. —Conf. doct. de *Fallos,* 200,367; 206,401 y otros.// Que no ocurre lo propio con los pronunciamientos que desestiman la defensa de prescripción…".

En ese marco, la situación aquí denunciada, la existencia de perjuicio de imposible reparación ulterior, podría llevar, en todo caso, a la equiparación de la decisión que se viene cuestionando a una definitiva, o por lo menos una parte de ella, a los fines del recurso de inconstitucionalidad; ello, desde luego, para buscar revisión de una cuestión constitucional o federal (conf. *Fallos,* 311:2478). Pero esa equiparación, por esos motivos, no procede frente al recurso ordinario de apelación ante el Tribunal.

2.3. La razón de esa diferencia de trato encuentra apoyo en el hecho de que esos dos recursos persiguen fines distintos. El de inconstitucionalidad tiene por objeto posibilitar que el Tribunal cumpla con la competencia que le viene encomendada por el art. 113, inc. 3º, de la CCBA: conocer "…en todos los casos que versen sobre la aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución", como así también, con aquella otra le viene impuesta en virtud de la doctrina sentada por la CSJN *in re Fallos,* 311:2478: conocer en todos aquellos casos en que venga planteada una cuestión federal. En virtud de ello, corresponde hacer excepción al requisito de que ese recurso sea interpuesto contra la sentencia definitiva (conf. art. 27 de la ley 402), por la vía de equiparar la decisión que se venga recurriendo a una definitiva, cuando requerir que efectivamente lo sea pueda llegar a frustrar el ejercicio de la competencia reseñada —conf. la doctrina de mis

votos *in re* "Dodero, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5473/07, sentencia del 5/3/2008, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6024/08, sentencia de este Tribunal del 17/12/2008, entre otros—. Ello ocurre cuando la cuestión constitucional o federal que se denuncia demanda tratamiento en esa oportunidad, ya sea porque es una de aquellas que requiere tutela inmediata (v. gr. el *non bis in idem*), o porque no va a existir otra para tratarla (v. gr. el rechazo, en un proceso ejecutivo, de la excepción de prescripción fundada en la inconstitucionalidad de la norma local que regula ese instituto).

En cambio, el recurso de apelación ordinaria fue pensado para conceder mayor seguridad y acierto a las sentencias que decidan cuestiones que comprometan el patrimonio estatal por la vía de posibilitar la intervención del Tribunal como una instancia de mérito más —conf. nuevamente "Playas de estacionamiento", con cita de precedentes de la CSJN—. En esas condiciones, el fundamento de que se requiera para su procedencia el requisito de que sea interpuesto contra la sentencia definitiva, no es otro que evitar el control prematuro por parte de este Tribunal de pleitos cuyas sentencias definitivas, a la postre, podrían no comprometer el importe mínimo previsto para la apelación ordinaria (conf. el inc. 6º, del art. 26, de la ley 7). De ahí, también, que el criterio para la calificación de la sentencia como definitiva a los fines de la apelación ordinaria sea más severo que en la hipótesis del art. 113, inc. 3º de la CCBA, no resultando procedente, por ejemplo, como ya señalé, la equiparación a definitiva de la decisión que se recurre porque le genere al recurrente un "gravamen irreparable" (conf. la doctrina de los precedentes publicados en *Fallos,* 212:319, ya citado; 249:172, entre muchos). Ello, atento que no se vería frustrada la finalidad de este recurso por el hecho de que el que recurre no pueda proponer, nuevamente, determinados agravios en un proceso ulterior, siempre que este último pueda tener lugar, aun cuando sea para tratar otros planteos.

Con el objeto de ejemplificar lo expuesto, basta con señalar que, en el *sub lite*, la parte recurrente ha denunciado estar discutiendo contra el GCBA, en un proceso de conocimiento amplio, la validez del acto de determinación que dio lugar a la constancia de deuda cuya ejecución en este proceso se persigue. Frente a ello, si el Tribunal interviniese en este proceso podría participar, prematuramente, en un pleito en el que, tal vez, no le habría correspondido intervenir por la vía del recurso aquí intentado. En efecto, si en esa causa los planteos de la hoy recurrente logran demostrar que la determinación tributaria fue mal realizada con relación a varios de los períodos sujetos a determinación, es muy probable que el monto discutido se reduzca sensiblemente y, de ese modo, no llegue al monto mínimo dispuesto por la ley para que proceda la apelación ordinaria ante el TSJBA.

3. No modifica lo dicho hasta aquí lo resuelto por el Tribunal en las causas "Cervecería y Maltería Quilmes" y "Constructar", citadas por la parte recurrente (véase nota al pie nº 1), puesto que en ellas se venía recurriendo la sentencia de

Cámara mediante un recurso de inconstitucionalidad, situación que difiere de la presente, conforme quedó expuesto en los párrafos que anteceden.

Por lo expuesto, en concordancia con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de apelación ordinario interpuesto a fs. 391/393. Costas a la vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La decisión recurrida resuelve distintas cuestiones con soluciones autónomas que merecen diverso tratamiento en esta instancia. En primer lugar, señalo que el rechazo de la excepción de inhabilidad de título respecto del tributo exigido, de la defensa fundada en el art. 9º del CCAyT y de las objeciones realizadas a los intereses demandados, no tiene carácter de sentencia definitiva. Y ello porque el ejecutado puede llevar esas defensas y planteos a la vía ordinaria sin que la ejecución ordenada obste a su pretensión de ningún modo.

Así pues, el recurso ordinario fue mal concedido en cuanto se dirigió a impugnar los aspectos del fallo de segunda instancia reseñados arriba.

2. Distinto es el caso en lo relativo al rechazo de la excepción de prescripción. El planteo de inconstitucionalidad promovido por el ejecutado para fundar la defensa en análisis es una cuestión de derecho. El fallo aquí recurrido implicó el pleno debate, examen y solución de dicha cuestión, a pesar de las limitaciones impuestas al conocimiento judicial por el carácter acotado del juicio de apremio. Es así que el rechazo de la defensa de prescripción es susceptible del recurso ordinario intentado.

Adelanto, sin embargo, que debe confirmarse la sentencia de Cámara en cuanto decide que la ejecución fiscal fue oportuna.

Mantengo la opinión que he vertido en los aparts. 4 a 7 (ambos inclusive) de mi voto en la causa "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'", expte. nº 2192/03, fallo del 17/11/2003, que transcribo a continuación:

"4. No coincido con la hermenéutica plasmada por la Corte en el caso 'Filcrosa'. El núcleo de mi discrepancia radica en los alcances reconocidos por el Máximo Tribunal federal a las autonomías locales en materia tributaria.

Está fuera de discusión que la creación de tributos locales integra el conjunto de competencias no delegadas por las provincias al Gobierno nacional. Y, asimismo, que el constituyente federal de 1994 reconoció a la Ciudad —autónoma por voluntad de aquél— la misma facultad (conf. arts. 75, inc. 2º; 121, 122, 123, 125 y 129, C.N.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en 'Filcrosa' ratifica precedentes (como se dijo, dictados en otro contexto fáctico y normativo) y reitera la tesis que invalida aquellas disposiciones contenidas en las legislaciones locales

que al regular la prescripción se apartan de lo previsto en el Código Civil, aun cuando se refieran a cuestiones de derecho público local. Para la Corte las provincias carecen de atribuciones para legislar en esta materia puesto que 'la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general de derecho' (conf. considerando 6º, voto de los jueces Fayt, Moliné O'Connor y López). Y, en su razonamiento, esa calificación determina que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el art. 75, inc. 12, de la C.N., éste fije no sólo los plazos de prescripción correspondientes a las materias comprendidas en dicha norma constitucional (civil, comercial, penal, minería, trabajo y seguridad social) sino, además, establezca un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esa vía.

La jurisprudencia referida no da cuenta de cuáles son las notas que definen a un 'instituto general del derecho' y, consecuentemente, no establece una pauta de razonabilidad que permita distinguir los supuestos que quedarían comprendidos y excluidos de la definición. Como la consecuencia de la inclusión es el reconocimiento de la competencia excluyente del legislador federal para las que entran en el campo semántico del concepto, tampoco hay ninguna pauta de razonabilidad que explique —y menos aún que justifique— dicha atribución.

5. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia afirma en el fallo citado, que la prescripción involucra aspectos típicamente ligados con el derecho de propiedad, cuya pertenencia al derecho de fondo nadie discute. Sin embargo, el argumento parece poco consistente. Por ejemplo, el instituto de la cosa juzgada, que también tiene vínculos, que nadie sensatamente negaría, con el derecho de propiedad, puede ser objeto de regulación válida por las legislaturas locales. Así, más allá de las disposiciones establecidas en el Código Civil (v. gr.: art. 715), las provincias regulan el sistema procesal (única o múltiples instancias) y las correspondientes vías recursivas y plazos para definir cuándo un asunto sometido a los tribunales locales pasa en autoridad de cosa juzgada o si existen recursos de revisión de tal autoridad. La prescripción, según la propia Corte, es un modo de extinguir las acciones. Con igual énfasis, podría sostenerse que la cosa juzgada es un modo de extinguir el derecho. ¿Cuál de las dos instituciones está más relacionada con el derecho de propiedad: la que es disponible para las jurisdicciones locales (cosa juzgada) o la que —en el criterio de la Corte— no lo es (prescripción)?

En consonancia con el ejemplo mencionado, las normas locales que regulan las habilitaciones y clausuras de comercios no son ajenas, en ciertas situaciones, a la tutela o afectación del derecho de propiedad. Pese a lo cual, la potestad de las autonomías locales para ejercer el poder de policía en ámbitos como los indicados, no es objeto de debate en el sistema federal argentino.

Otro ejemplo significativo: en materia tributaria local el legislador de la jurisdicción define el hecho imponible, las alícuotas, los sujetos pasivos, las exenciones, los mínimos no imponibles, etcétera; aspectos todos vinculados con el derecho de propiedad.

En síntesis, la remisión al derecho de propiedad no resulta una guía constitucionalmente válida para ampliar o restringir el campo de la autonomía, como parece entenderlo la CSJN.

6. En otro orden, la Corte añade —refiriéndose a la prescripción— que no se advierte cuál sería el motivo para presumir que, al dictar la Constitución Nacional, las provincias hayan considerado como un presupuesto necesario de sus respectivas autonomías, la posibilidad de evaluar los efectos de la propia desidia, que la prescripción lleva implícita. En este punto quiero señalar que:

a) En materia de tributos, la regulación de la prescripción no parece que pueda escindirse del sistema de recaudación tributaria, dado el tipo de obligaciones de que se trata, directamente implicadas en el sostenimiento básico del Estado, sus funciones y el cumplimiento de sus deberes (v. gr.: art. 2.1, PIDESC). La prescripción liberatoria disminuye la incertidumbre del sistema jurídico, fija con certeza el tiempo en el que puede ser reclamado el cumplimiento de la obligación, luego del cual, el supuesto deudor puede oponerla como defensa.

b) No guarda coherencia, y contraría lo preceptuado por los artículos comprendidos en el título segundo de la segunda parte de la Constitución Nacional, que se reconozca a una unidad federal autónoma el derecho a darse sus propias instituciones y a regirse por ellas (v. gr.: el sistema tributario local) y simultáneamente se someta a regulación externa (federal) una pieza clave de esas mismas instituciones (v. gr.: la prescripción en el régimen tributario local).

c) Los Estados locales son los que deben decidir en qué plazos y bajo qué circunstancias prescribe una obligación tributaria, lo que contribuye a establecer una política tributaria previsible y efectivamente autónoma. Si los plazos de prescripción pueden ser ordenados y, por lo tanto, modificados por el legislador federal, no sólo la institución de la prescripción sino el sistema de recaudación tributario dejan de ser locales, en tanto quedan sujetos a las decisiones de un poder ajeno. Dado que, por mandato constitucional, el sistema tributario es tan variable como lo sea la legislación de cada Estado local, ¿por qué habría que asegurar una ley común respecto de la prescripción? Esta intención 'unificadora' avasalla sin fundamento constitucional la autonomía de cada uno de los Estados locales.

7. Por fin, es cuestionable una hermenéutica que transfiere, sin mediaciones, al ámbito del derecho público, el modo en que un instituto como la prescripción está reglado en un cuerpo normativo destinado a regir relaciones de derecho privado. Es claro que el modelo de federalismo de la Constitución Nacional no supone unidad de legislación, excepto en materias delegadas al Estado federal. En lo que corresponde al funcionamiento de las autonomías locales, como lo es todo lo atinente al sistema tributario, el único límite es el respeto de los principios y derechos

constitucionales, en el caso y como simples ejemplos, el principio de igualdad o el de no confiscatoriedad (art. 16 y 17, C.N.).

En síntesis, la prescripción puede ser regulada tanto por la legislación de fondo como por la legislación local. El criterio de distribución de competencia no puede construirse a partir de priorizar las normas del Código Civil sin atender al tipo de relaciones jurídicas involucradas. Como sostiene mi colega el juez Julio B. J. Maier en el apart. 1 de la primera parte de su voto, 'el Congreso de la Nación se ha pronunciado ya hace tiempo acerca de los plazos de prescripción de 'Las acciones del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos...' (art. 56, ley 11.683, t. o. al 13/7/1998, *BO* 20/7/1998; y, antes aún, art. 1º, ley 11.585 para los restantes impuestos nacionales, tasas y contribuciones de mejoras, no incluidos en la ley 11.683)'. También a través de 'la ley 19.489, dictada también por la autoridad nacional, pero esta vez como legislatura local (entonces art. 67, inc. 27, C.N.), para la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires'. Los plazos fijados —y las razones y presupuestos en que se sustentan y diferencian— por el Congreso de la Nación como Poder Legislativo nacional, coinciden con los distintos plazos de prescripción contemplados en la norma que dictara en su carácter de legislador local, aplicados en la sentencia que se recurre (10 y 5 años, según el contribuyente esté o no inscripto)".

3. Por lo expuesto corresponde *i)* declarar mal concedido el recurso de apelación ordinario en los términos del apart. 1 de este voto; *ii)* rechazar por improcedente el recurso de apelación ordinario en cuanto impugna el rechazo de la excepción de prescripción y, por lo tanto, confirmar la sentencia recurrida cuando decide que la defensa de prescripción opuesta no puede tener acogida favorable; *iii)* imponer las costas del recurso de apelación ordinario a la parte vencida (conforme art. 62, CCAyT). Así voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con mi colega la doctora Alicia E. C. Ruiz en declarar mal concedido el recurso de apelación ordinaria en lo que hace a las tachas esgrimidas por "Vacation Resorts SAS" contra la sentencia de Cámara en cuanto ésta, en el marco de una ejecución fiscal, rechazó: *a)* la excepción de inhabilidad de título por inexistencia de deuda en el entendimiento de que ello no surgía de modo manifiesto; *b)* los planteos esgrimidos por la recurrente para oponerse a la procedencia de la ejecución fiscal en base a la interpretación del art. 9º del CCAyT; y *c)* los cuestionamientos de los intereses demandados. Ello así por cuanto el decisorio no cumple con el requisito de sentencia definitiva requerido para la procedencia del recurso impetrado, puesto que nada impide al ejecutado lograr la revisión de lo decidido en un juicio ordinario posterior.

2. En cambio, siguiendo igual criterio al que he sostenido en anteriores precedentes (conf. mis votos en: "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, sentencia del 22/12/2004, "GCBA c/Tacural S.A. s/ej. fisc. – Plan de facilidades s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 4717/06, sentencia del 20/12/2006), considero que el recurso de apelación ordinaria ha sido bien concedido por el *a quo* en tanto su decisorio rechazó la defensa de prescripción —por la que se cuestionaba la constitucionalidad del establecimiento en la normativa tributaria local de plazos de prescripción distintos de los regulados en el Código Civil—. Es que, si bien, en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen sentencia definitiva, el pronunciamiento que rechazó la excepción de prescripción no podrá ser revisado en un juicio ordinario posterior, por tanto, corresponde equipararlo a uno de tal naturaleza, conforme lo tiene decidido el Máximo Tribunal, para quien, las sentencias que admiten o rechazan dicha defensa frustran cualquier planteo judicial ulterior (*Fallos,* 314:1656; 315:49 y 1916; 323:3401, entre otros), lo que se ve reforzado en este caso por el completo examen que sobre dicho aspecto efectuó la Cámara para arribar a la solución que adoptó.

3. Sin embargo, más allá de haberse planteado contra una sentencia equiparable a definitiva, entiendo que el recurso de apelación no puede prosperar en virtud de los desarrollos que efectuara al pronunciarme en la causa: "Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.])'", expte. nº 2192/03, sentencia del 17/11/2003, en el sentido de hasta donde pueden proyectarse los efectos de la *Cláusula de los Códigos* por encima de la potestad normativa tributaria local sobre regulaciones tales como las relativas a los plazos de prescripción, evitando, frente a la reconocida autonomía del derecho tributario en su conjunto —y en relación a todos los planos de gobierno—, hacer primar el unitarismo centralista del Código Civil sobre el federalismo de la Constitución, fundamentos que doy por reproducidos aquí *brevitatis causae*.

4. Así, entonces, en virtud de las consideraciones precedentes me pronuncio por *a)* declarar parcialmente mal concedido el recurso de apelación en relación a los planteos identificados en el punto 1 del presente voto; y *b)* rechazar el recurso de apelación ordinaria por las razones consignadas en punto 3 de este decisorio.

Costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Coincido con la opinión de mis colegas preopinantes, la doctora Alicia E. C. Ruiz y el Dr. José O. Casás, en tanto declararon mal concedido el recurso de apelación ordinario respecto de los agravios de la actora relativos al rechazo de la excepción de inhabilidad de título, la interpretación del art. 9º del CCAyT y el cuestionamiento de los intereses demandados; y consideraron bien otorgado el recurso respecto del rechazo de la excepción de prescripción.

Como regla general, las decisiones recaídas en las ejecuciones fiscales no constituyen sentencias definitivas, requisito éste necesario para la procedencia del recurso intentado (conf. TSJBA "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001). Sin embargo, en lo relativo al rechazo de la excepción de prescripción, dicho pronunciamiento puede ser equiparado a una sentencia definitiva por causar un gravamen de imposible reparación ulterior, toda vez que no podrá ser revisado en un juicio ordinario posterior (conf mi voto en "GCBA c/Tacural S.A. s/ej. fisc. – Plan de facilidades s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 4717/06, sentencia del 20/12/2006).

2. En cuanto al fondo del planteo, considero que el recurso de apelación debe ser rechazado, de acuerdo con lo sostenido en la causa "Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114 C.F.])'", expte. nº 2192/03, sentencia del 17/11/2003, cuya copia deberá ser agregada por Secretaría.

Por ello, voto por: declarar parcialmente mal concedido el recurso de apelación ordinario en los términos del considerando 1 de este voto; y rechazar el recurso de apelación ordinario, en lo relativo al rechazo de la excepción de prescripción, de acuerdo con lo sostenido en el considerando 2; con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* parcialmente mal concedido el recurso de apelación ordinario en relación al rechazo de la excepción de inhabilidad de título, de la defensa fundada en el art. 9º del CCAyT y de las objeciones realizadas a los intereses demandados.

2°. *Rechazar* el recurso ordinario de apelación respecto del rechazo de la excepción de prescripción.

3°. *Imponer* las costas a la vencida.

4°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.])'" (expte. nº 2192/03), de fecha 17/11/2003, como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva.

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

CXCV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/MORO, ALEJANDRO S/EJ. FISC. – ING. BRUTOS CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos.
Pago de honorarios. Naturaleza alimentaria.

SUMARIOS:

1. El art. 33, LPTSJ, establece que 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, de modo que el recurrente debe demostrar al solicitar la concesión de efecto suspensivo cuáles serían concretamente los perjuicios que le ocasionaría la no suspensión del proceso que peticiona. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El monto de la condena al pago de honorarios que el Estado local debe sufragar de acuerdo a lo decidido en las instancias anteriores no pone en evidencia, por sí mismo, que el cumplimiento de la sentencia ocasionará gravámenes posteriormente irreparables, como para hacer excepción al principio según el cual mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El GCBA —interesado en lograr la suspensión del proceso mientras se resuelve su recurso de queja— no se hace cargo de una circunstancia que resulta relevante, y que consiste en que los montos controvertidos en el *sub lite* poseen naturaleza alimentaria y ni siquiera parecen superar valores que permitan aplicar el diferimiento que autoriza el art. 395 del CCAyT para ser ejecutados. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 7187/10 - 18/8/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) promovió una ejecución fiscal contra el Sr. Alejandro Moro tendiente al cobro de sumas adeudadas en concepto de impuesto a los ingresos brutos e intereses (fs. 20/21 vta.).

El demandado planteó la caducidad de instancia (fs. 18). Previo traslado y contestación por la actora (fs. 16 y vta.), así fue decretada por la jueza de primera instancia (fs. 15 y vta.).

2. La magistrada reguló posteriormente los honorarios del representante de la parte demandada, Dr. Edgardo Murua, y de su letrado patrocinante, Dr. Walter Ciraudo, en las sumas de $ 5.600 y $ 14.200 respectivamente (fs. 13 y vta.).

Apelado el decisorio por ambas partes (fs. 11/12 vta. y "vistos" de la resolución de fs. 10), la Sala I de la Cámara CAyT, elevó los honorarios del Dr. Edgardo Murua a $ 6.000 y los del Dr. Walter Ciraudo a $ 17.100 (fs. 10 y vta.).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recursos de aclaratoria (fs. 8 y vta.) y de inconstitucionalidad (fs. 5/7 vta.). Contestado por la actora (fs. 44/46), la Sala resolvió no conceder el de inconstitucionalidad (fs. 2/3).

4. La denegatoria dio lugar al recurso de hecho obrante a fs. 33/37.

Tramitada la queja (fs. 39/58 vta.) la jueza de trámite dispuso el pase de los autos al Acuerdo del Tribunal para dictar sentencia (fs. 59).

5. Mediante una presentación posterior (fs. 60) la apoderada del GCBA solicitó que el Tribunal disponga la suspensión del proceso. Expresó que la jueza de primera instancia "no ha hecho lugar a la suspensión del proceso solicitada por mi parte y ha ordenado ejecutar los honorarios (…) cuya procedencia está cuestionada por mi parte en la presente queja"; e indicó que su planteo tiende a "evitar que el estudio de la presente queja resultare irrelevante y deviniera abstracto".

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El art. 33, LPTSJ, establece, en lo pertinente, que: "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".

La petición que en ese sentido efectúa el GCBA debe ser resuelta en forma previa a decidir la queja.

2. El GCBA funda el pedido de suspensión en los términos recién transcriptos.

Como se dijo en los autos "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, resolución del 21/9/2006, el recurrente debe demostrar al solicitar la concesión de efecto suspensivo cuáles serían concretamente los perjuicios que le ocasionaría la no suspensión del proceso que peticiona.

En el caso, el recurrente no ha satisfecho ese recaudo. El monto de la condena al pago de honorarios que el Estado local debe sufragar de acuerdo a lo decidido en las instancias anteriores (fs. 10 y vta.) no pone en evidencia, por sí mismo, que el

cumplimiento de la sentencia ocasionará gravámenes posteriormente irreparables. Y, por cierto, el recurrente tampoco expresa por qué razón los eventuales perjuicios que el cumplimiento del pago de los honorarios pudiera ocasionar al GCBA no podrían ser reparados posteriormente, en caso de que el recurrente resulte, finalmente, vencedor y prospere su cuestionamiento a la cuantía de los honorarios regulados.

Además, de su presentación no surge cuál sería el monto de honorarios que considera indebidos y por el que se agravia; ya que no puede desconocerse que al menos alguna parte de la suma determinada por la alzada debe ser abonada por su parte, al haber resultado el GCBA condenado al pago de las costas.

Por esas razones, el pedido de suspensión del proceso efectuado por el GCBA debe ser rechazado.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

El juez José O. Casás dijo:

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

Agrego, por lo demás, que el GCBA —interesado en lograr la suspensión del proceso mientras se resuelve su recurso de queja— tampoco se hace cargo de una circunstancia que, al menos desde mi punto de vista, resulta relevante: los montos controvertidos en el *sub lite* poseen naturaleza alimentaria y ni siquiera parecen superar valores que permitan aplicar el diferimiento que autoriza el art. 395 del CCAyT para ser ejecutados.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La presentación de fs. 33/37 no muestra que estén dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33 LPTSJ, por lo que coincido con la jueza de trámite, la Dra. Alicia E. C. Ruiz, en que el pedido formulado a fs. 60 debe ser rechazado. Ello, sin perjuicio de la decisión que se adopte sobre el fondo.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de la queja.

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

CXCVI

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y FUNCIONARIOS P.J. CABA C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/OTROS PROCESOS ESPECIALES'"

RECURSO DE QUEJA: Consejo de la Magistratura. Elección de representantes de jueces. Tribunal de conjueces. Privación de justicia.

SUMARIOS:

1. La resolución dictada por la señora Presidenta de la Cámara que dispuso archivar la causa en ejercicio de las atribuciones de índole administrativa propias de dicho cargo es un acto típicamente jurisdiccional, porque al disponer su archivo concluyó una causa judicial —el incidente mediante la cual tramitaba el recurso de apelación contra la medida cautelar—. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. La decisión que desestimó *in limine* del recurso de inconstitucionalidad incurrió en el error de atribuir a la resolución cuestionada el carácter de acto administrativo sin otro efecto que paralizar un expediente cuyo trámite se hallaba detenido desde mucho tiempo atrás. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Los inconvenientes que se hayan suscitado para conformar el tribunal de conjueces que debe resolver la apelación interpuesta por el Consejo de la Magistratura, no justifican que la señora Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario decida intervenir en la causa y asumir el rol que debían desempeñar los conjueces, pues lo que correspondía hacer era agilizar los trámites necesarios para que se conforme inmediatamente el tribunal *ad hoc. (Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires no le otorga competencia a la Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para intervenir en una causa y suplir la falta de integración del tribunal de conjueces. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La señora Presidenta de la Cámara de Apelaciones excedió sus facultades administrativas y dictó un acto jurisdiccional a pesar de carecer de competencia para ello, vulnerando la garantía de la defensa en juicio del recurrente, reconocida en los arts. 18 de la C.N. y 13.3 de la CCBA, que comprende —entre otras— a la garantía del juez natural, según la cual solo puede intervenir en una causa el órgano judicial a quien las leyes le confirieron competencia para ello, en forma previa a suscitarse los hechos que dieron origen al litigio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La decisión que resolvió el archivo de las actuaciones que tramitan ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local bajo el incidente de

apelación escapa a las competencias de la Presidencia de la Cámara de dicho fuero, autoridad que —cabe aclararlo a todo evento— no ha sido la generadora de los inconvenientes que se han presentado en el trámite del proceso, sino que, por el contrario, ha intentado encauzarlos del modo que estimó menos perjudicial para el derecho de los litigantes. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. En tanto la pretensión esgrimida comprende el pedido orientado a acceder a una decisión de carácter jurisdiccional que resuelva la apelación articulada en el incidente corresponde prescindir del *nomen iuris* utilizado por el recurrente y atender su planteo, en lo pertinente, en ejercicio de la competencia prevista en el art. 113 inc. 4º de la CCBA, como un recurso por privación de justicia y remitir las actuaciones a la Cámara para que dicten los pronunciamientos judiciales pendientes en el marco del incidente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 7005/10 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso acción de amparo contra las resols. 248/02 y 249/02 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, mediante las cuales dicho órgano omitió convocar a elecciones de representantes de jueces para integrar el Consejo de la Magistratura a efectos que se elijan, se designen y asuman sus funciones los representantes de los jueces ante dicho órgano constitucional. Asimismo, solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 5º de la ley 31 y de las cláusulas transitorias segunda y quinta de la ley 31 —que constituyeron la base normativa de las resoluciones citadas—, y de los arts. 5º y 7º y disposición transitoria segunda de la ley 54 (fs. 1/12 del expte. n° 5886/0 "Asociación de Magistrados Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios P.J. CABA c/Consejo de la Magistratura s/amparo [art. 14, CCBA]").

2. La Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (MAFUCABA) se presentó en el proceso y pidió ser tenida por parte en los términos del art. 84 inc. 2º CCAyT (fs. 133/141 del expte. n° 5886/0), solicitud que fue acogida favorablemente por el señor juez de primera instancia (fs. 190/192 del expte. n° 5886/0).

Posteriormente, MAFUCABA solicitó el dictado de una medida cautelar mediante la cual se suspendan los efectos de las resols. 98/03 de la Presidencia del Consejo de la Magistratura, y 772/03 y 789/03 del Consejo de la Magistratura (fs. 385/386 del expte. n° 5886/0).

3. El señor juez de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Consejo de la Magistratura que se abstenga de

dictar cualquier acto que pudiese alterar, menoscabar o restringir las garantías de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones consagradas en el art. 110 de la CCBA, y suspendiendo la resol. CM 772/03 hasta que la sentencia a dictarse en ese juicio adquiera firmeza (fs. 393/397 del expte. n° 5886/0).

Por otro lado, el señor juez de primera instancia dictó sentencia resolviendo la cuestión de fondo, y haciendo lugar parcialmente al amparo intentado (fs. 398/410).

4. El Dr. Horacio Corti, integrante de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, solicitó le sea alcanzada la medida cautelar precedentemente detallada (fs. 599/600 del expte. n° 5886/0).

El señor juez de primera instancia dictó sentencia favorable al pedido, ordenando la suspensión de los efectos de la resol. CM 772/03 en idénticos términos a los dispuestos en la medida cautelar de fecha 15/12/2003, respecto de los haberes del Dr. Corti. En consecuencia, ordenó al Consejo de la Magistratura que reintegre al peticionante la sumas retenidas hasta el momento, y no siga practicando las referidas retenciones correspondientes al impuesto a las ganancias, sobre los haberes del denunciante (fs. 106/107 del incidente n° 5886/4).

Vale destacar que mediante la resol. CM 772/03, el Consejo de la Magistratura dispuso instruir a la Dirección de Programación y Administración Contable para que en la liquidación de las remuneraciones de todos los jueces, fiscales, defensores y asesores tutelares del Poder Judicial de la Ciudad se efectúen las retenciones correspondientes al impuesto a las ganancias, ordenadas por la ley 20.628 (t.o. 1997 y sus modificaciones), con independencia de la fecha y su modo de designación.

5. Contra dicha resolución el Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación (fs. 110/121 del incidente n° 5886/4), el que fue concedido (fs. 125 del incidente n° 5886/4) y dio lugar a la formación del incidente n° 5886/5 (véase fs. 96 del incidente n° 5886/5).

6. Luego de sucesivas excusaciones de los integrantes de las Cámaras de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, y Contravencional y de Faltas, y de renuncias de conjueces, finalmente el tribunal que debía resolver la apelación quedó integrado con los Dres. Ormanoglou de Blum, de la Vega y Maiorano (véanse aceptaciones del cargo obrantes a fs. 119, 155 y 159, y providencia de fs. 160 del incidente n° 5886/05).

Posteriormente, los Dres. Ormanoglou de Blum y Maiorano presentaron su renuncia (fs. 174/175 y 178/179 del incidente n° 5886/05).

En consecuencia, la causa se remitió a la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que proceda a la designación de nuevos conjueces en reemplazo de los renunciantes (véase fs. 180/182 del incidente n° 5886/05).

7. La Dra. Inés Weinberg, en su carácter de Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con fecha 11/11/2009 dictó

resolución en la que dispuso, en ejercicio de las atribuciones de índole administrativa propias de la Presidencia, archivar la causa (fs. 184 del incidente n° 5886/5).

Para fundamentar su resolución, hizo hincapié en los inconvenientes que se suscitaron para conformar el tribunal de conjueces de Cámara, y en que la resol. CM 772/03 fue suspendida mediante la resol. CM 626/04, lo que "...comporta una modificación esencial de la situación jurídica vigente al momento de entablar la demanda, de tal manera que la situación litigiosa que originó la pretensión carecerá de actualidad en tanto se mantenga este estado de cosas...".

8. El Consejo de la Magistratura recusó con causa e interpuso recurso de revocatoria contra dicha decisión (fs. 189/193 del incidente n° 5886/5).

También cuestionó la sentencia mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 195/201 del incidente n° 5886/5), en el que sostuvo que la señora Presidente de la Cámara excedió sus atribuciones administrativas al dictar dicha resolución, pues analiza y resuelve cuestiones de fondo que sólo pueden ser determinadas por juez competente.

9. La señora Presidenta de Cámara Dra. Inés Weinberg resolvió desestimar *in limine* las presentaciones en examen (fs. 203 del incidente n° 5886/5).

Fundamentó su decisión en que la resolución cuestionada no constituye un acto jurisdiccional sino administrativo, sin otro efecto que disponer la paralización de un expediente cuyo trámite se hallaba detenido desde hacía mucho tiempo, y que además no ocasiona gravamen ya que dejó expresamente a salvo los derechos de las partes. Y agregó que al no existir órgano administrativo superior en grado en el ámbito de competencia propio de esa Presidencia, correspondía desestimar *in limine* las presentaciones.

10. Contra dicha denegatoria, el Consejo de la Magistratura interpuso la presente queja (fs. 210/220 de la queja).

11. Ante la excusación de los Dres. Garavano, Pereyra y Cevasco, emitió dictamen el señor fiscal de Cámara Dr. Walter Fernández, que propició que se haga lugar a la queja y el recurso de inconstitucionalidad, y se revoquen las resoluciones tal como fuera solicitado por el recurrente (fs. 232/234 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en debido tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), y dirige una crítica eficaz contra la sentencia que desestimó *in limine* el precedente recurso de inconstitucionalidad.

Como veremos a continuación, en su recurso de inconstitucionalidad el recurrente cuestionó una sentencia equiparable a definitiva —ya que el archivo de la causa dispuesta por un juez incompetente le causa un gravamen irreparable—, y planteó un genuino caso constitucional centrado en la violación de las garantías de defensa en juicio, debido proceso y juez natural. Ello ameritaba la concesión del

recurso de inconstitucionalidad y la intervención de este Tribunal para subsanar las irregularidades constatadas en este proceso.

Si bien la sentencia atacada mediante el recurso de inconstitucionalidad no ha sido dictada por el tribunal superior de la causa, ello no impide la apertura de la presente vía recursiva, ya que la indebida integración del tribunal de conjueces no le es imputable al recurrente, por lo tanto no puede constituir un obstáculo formal que impida el acceso a esta instancia.

Por tal motivo, corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura.

2. La señora Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Dra. Inés Weinberg, desestimó *in limine* el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la resolución cuestionada no constituía un acto jurisdiccional sino administrativo, sin otro efecto que disponer la paralización de un expediente cuyo trámite se hallaba detenido desde hacía mucho tiempo, y que además no ocasionaba gravamen ya que dejó expresamente a salvo los derechos de las partes. Y como no existía órgano administrativo superior en grado en el ámbito de competencia propio de esa Presidencia, nadie podía revisar la decisión administrativa adoptada.

El error en que incurre esta decisión radica en considerar que la resolución dictada el 11/11/2009, por la cual la señora Presidenta de la Cámara dispuso archivar la causa en ejercicio de las atribuciones de índole administrativa propias de dicho cargo, constituye un acto administrativo. Por el contrario, esa resolución es un acto típicamente jurisdiccional, porque al disponer su archivo concluyó una causa judicial —el incidente mediante la cual tramitaba el recurso de apelación contra la medida cautelar dispuesta a pedido y en beneficio del Dr. Corti—, decisión que nada tiene de administrativo.

3. Pero cualquier duda sobre la naturaleza jurídica de la resolución dictada el 11/11/2009 (obrante a fs. 184 del incidente n° 5886/5), se disipa al analizar los fundamentos invocados por la señora presidenta de Cámara para justificar la decisión, que son los siguientes:

a) que son elocuentes los inconvenientes que se han suscitado para conformar el tribunal de conjueces de cámara (considerando II de la resolución);

b) que el dictado de la resol. CM 626/04, que suspendió la resol. CM 772/03, importó una "modificación esencial de la situación jurídica vigente al momento de entablar la demanda, de tal manera que la situación litigiosa que originó la pretensión carecerá de actualidad en tanto se mantenga este estado de cosas..." (considerando III de la resolución); y

c) que la decisión era adoptada en ejercicio de las atribuciones de índole administrativa propias de la Presidencia de la Cámara de Apelaciones, contempladas en los arts. 1.26 y 1.27.2 del Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (considerando IV y parte dispositiva de la resolución).

3.1. En primer lugar, que se hayan suscitado inconvenientes para conformar el tribunal de conjueces que debe resolver la apelación interpuesta por el Consejo de la Magistratura no justifica que la señora Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario decida intervenir en la causa y asumir el rol que debían desempeñar los conjueces.

En todo caso, lo que correspondía hacer era agilizar los trámites necesarios para que se conforme inmediatamente el tribunal *ad hoc*. Vale destacar que, conforme surge de las constancias del incidente n° 5886/5, un conjuez ya estaba designado (el Dr. Francisco de la Vega, conforme la aceptación del cargo de fs. 155 de dicho incidente), y estaban pendientes las gestiones para designar como conjueza a la Dra. Susana Albanese (conforme auto obrante a fs. 181 de dicho incidente).

3.2. Asimismo, determinar qué efectos puede causar el dictado de la resol. CM 626/04 en la apelación del Consejo de la Magistratura que tramitaba en el incidente n° 5886/5, implica una valoración jurídica que únicamente puede ser realizada por el órgano judicial competente para intervenir en dicha causa.

Más allá del acierto o error de la decisión —cuestión sobre la que no cabe emitir opinión en esta oportunidad, y que no reviste trascendencia a los efectos de este recurso—, lo cierto es que la señora Presidenta de Cámara no estaba facultada para intervenir en esa causa judicial, sino los conjueces.

3.3. Para justificar su competencia para emitir tal resolución, la señora Presidenta de Cámara invocó las atribuciones conferidas por los arts. 1.26 y 1.27.2 del Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Dicho Reglamento (aprobado por resol. CM 152/99, con sucesivas modificaciones) establece en su art. 1.26 que las Cámaras de Apelaciones designan anualmente, por sorteo y en forma rotativa, un Presidente y el orden de su reemplazo, cuyas funciones son detalladas en la siguiente disposición, que transcribiré a continuación:

"*1.27.* Son funciones del Presidente de Cámara:

1.27.1. Representar al tribunal en los actos oficiales y, en general, en todas las relaciones institucionales.

1.27.2. Recibir y despachar la correspondencia y firmar las comunicaciones de su competencia.

1.27.3. Convocar y presidir los acuerdos de la Cámara de Apelaciones.

1.27.4. Convocar acuerdos extraordinarios a su solicitud, de cualquiera de las Salas, o de por lo menos, la tercera parte de los miembros de la Cámara.

1.27.5. Resolver en caso de empate, con su voto, las cuestiones sometidas al plenario de la Cámara".

Como podemos apreciar, ninguna de las atribuciones previstas en este Reglamento General le otorga competencia a la Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para intervenir en una causa y suplir

la falta de integración del tribunal de conjueces. Resulta imposible sostener válidamente que la atribución de "recibir y despachar la correspondencia y firmar las comunicaciones de su competencia" —contemplada en el art. 1.27.2, expresamente citado en la resolución recurrida— le otorgue competencia a la señora Presidenta de Cámara para disponer el archivo de un incidente judicial, cuando aún estaba pendiente de resolución un recurso de apelación.

4. A la luz de lo expuesto, podemos concluir que la señora Presidenta de la Cámara de Apelaciones, al dictar la resolución del 11/11/2009, excedió sus facultades administrativas y dictó un acto jurisdiccional a pesar de carecer de competencia para ello.

Esta decisión viola la garantía de la defensa en juicio del recurrente, reconocida en los arts. 18 de la C.N. y 13.3 de la CCBA, que comprende —entre otras— a la garantía del juez natural, según la cual solo puede intervenir en una causa el órgano judicial a quien las leyes le confirieron competencia para ello, en forma previa a suscitarse los hechos que dieron origen al litigio. El único tribunal competente para tomar cualquier decisión en esta causa judicial, es el integrado por conjueces cuya conformación aún está pendiente.

Por lo tanto, voto por admitir el recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución dictada el 11/11/2009 por la señora Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario a fs. 184 del incidente n° 5886/5, y remitir las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicten los *pronunciamientos judiciales* pendientes en el marco del referido incidente.

Sin costas atento no haber mediado sustanciación del recurso de inconstitucionalidad.

El juez José O. Casás dijo:

Sin perjuicio de que no resulta posible pasar por alto las especiales circunstancias que presenta este expediente, por su objeto procesal, las consiguientes vicisitudes que han debido afrontarse para integrar el tribunal de conjueces que debe resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el Consejo de la Magistratura local y los planteos que ahora se formulan ante esta instancia extraordinaria —ante el dictado de una decisión que, en rigor, no proviene del *tribunal superior de la causa*—, entiendo que la presentación de la demandada —más allá del *nomen iuris* con que pueda calificársela— debe tener favorable acogida.

Ello así, toda vez que la decisión que resolvió el archivo de las actuaciones que tramitan ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local bajo el incidente de apelación nº 5886/5 escapa a las competencias de la Presidencia de la Cámara de dicho fuero, autoridad que —cabe aclararlo a todo evento— no ha sido la generadora de los inconvenientes que se han presentado en el trámite del proceso, sino que, por el contrario, ha intentado encauzarlos del modo que estimó menos perjudicial para el derecho de los litigantes.

Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar al planteo formulado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad y, en consecuencia, remitir las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicten los *pronunciamientos judiciales* pendientes en el marco del referido incidente nº 5886/5.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Tal como surge de los resulta que preceden estos fundamentos, el Consejo de la Magistratura, pretende impugnar la resolución mediante la cual la Presidenta de la Cámara CAyT, en ejercicio de lo que calificó como atribuciones de índole administrativa, archivó el incidente 5886/5. A criterio del recurrente la decisión cuestionada no reviste carácter administrativo y, en cambio, avanza ilegítimamente en relación con aspectos propios de la competencia jurisdiccional, dado que fueron resueltos por quien no formaba parte de los jueces que habían resultado desinsaculados para integrar la Sala ante las múltiples excusaciones registradas en el pleito.

2. Así entonces, la queja de fs. 210/220 viene a defender la admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad a través del cual se solicita que este Tribunal revoque la sentencia *supra* mencionada y ordene la integración de la Sala (conformada actualmente, según se denuncia, sólo por el conjuez Francisco A. de la Vega ante la renuncia de los conjueces Ormanoglou de Blum y Jorge L. Maiorano) que deberá resolver la apelación interpuesta por el Consejo de la Magistratura contra el pronunciamiento de primera instancia que, en lo que aquí importa, dispuso suspender con carácter cautelar los efectos de la resol. 772/03 del Consejo de la Magistratura (incidente 5886/5).

3. Es un recaudo común de todo recurso que la revisión solicitada se refiera a la intervención de un "tribunal de justicia" en "juicio"; exigencia que encuentra su pertinente reflejo en las previsiones del art. 27 de la LPT que reglamenta el recurso de inconstitucionalidad.

En cualquiera de las hipótesis propuestas por las partes el remedio procesal planteado resulta improcedente porque, o bien ataca una decisión administrativa, o bien una jurisdiccional que no fue emitida por la totalidad de los jueces que deben conformar la alzada para dictar una sentencia formalmente válida (art. 28 de la ley 7).

4. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que el Consejo de la Magistratura aduce que la resolución dictada por la señora Presidenta de la Cámara CAyT le causa un gravamen irreparable por cuanto el archivo allí dispuesto habría sido emitido por un "...juez incompetente, sustrayendo la causa de sus jueces naturales, afectando gravemente el derecho de defensa" de esa parte (fs. 198 vta.).

A su turno, en la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad la jueza Weinberg afirmó que las presentaciones del recurrente debían ser desestimadas *in limine* "...dada la inexistencia de órgano administrativo superior en grado en el ámbito de competencia propio de esta Presidencia" (fs. 203).

Frente a todo ello, puede apreciarse que el Consejo de la Magistratura describe una situación en la que ha sido privado de la justicia que busca, al tiempo que la decisión de la Presidenta de la Cámara estima que el archivo dispuesto no sería revisable.

Por su parte, en tanto la pretensión esgrimida en el recurso de inconstitucionalidad, cuya improcedencia ya fue explicada, comprende el pedido orientado a acceder a una decisión de carácter jurisdiccional que resuelva la apelación articulada en el incidente 5886/5 corresponde prescindir del *nomen iuris* utilizado por el recurrente y atender su planteo, en lo pertinente, en ejercicio de la competencia prevista en el art. 113 inc. 4 º de la CCBA.

En consecuencia, habiendo dictaminado el representante del Ministerio Público Fiscal, voto por considerar el planteo del recurrente como un recurso por privación de justicia y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicten los pronunciamientos judiciales pendientes en el marco del incidente 5886/5.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a que la entonces Presidenta de la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Dra. Inés Weinberg, desestimó *in limine* el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Consejo de la Magistratura de la CABA sin dar traslado de dicha presentación a las contrarias —como lo exige el art. 28 de la ley 402— y, en tanto no cabe descartar la hipótesis de que el Tribunal admitiese la queja y considerase el recurso de inconstitucionalidad, corresponde ordenar su traslado en esta instancia por razones de celeridad procesal.

En consecuencia, me pronuncio por correr traslado al Dr. Horacio Corti, a la Asociación de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA y a la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de la Magistratura de la CABA a fs. 195/201 del incidente n° 5886/5 por el plazo de diez (10) diez días (art. 28 de la ley 402). Así voto.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Remitir* las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por quien corresponda, se dicten los pronunciamientos judiciales pendientes en el marco del incidente n° 5886/5.

2°. *Mandar* que se registre, notifique y cumpla.

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

CXCVII

"AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A. S/INFR. ART. 2.2.15, PERMISO Y PLANOS DE OBRA —LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. RÉGIMEN DE FALTAS: Actas de comprobación. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar porque no contiene una crítica concreta y circunstanciada de la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad y la actora se limita a proponer vagamente que el *a quo* no tuvo "un fundamento lógico y justo" para vedar "el acceso a otra instancia". *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. El recurso de queja debe ser rechazado porque además de que no cuestiona de manera suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, exhibe una manifiesta falta de fundamentación de naturaleza constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Los agravios propuestos se remiten y agotan en el examen de cuestiones privativas de los jueces de mérito —hecho, prueba e interpretación de normas infraconstitucionales— y, por regla, ajenas a esta instancia de excepción, y las razones expuestas por AySA no logran poner en crisis lo ocurrido en la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La calificación legal y definitiva del hecho constitutivo de la falta depende del estudio que los jueces realizan al momento del juzgamiento del hecho y no depende en lo absoluto de la determinación provisoria que hacen los funcionarios de la Administración que intervienen ante la "instancia única, obligatoria y previa al juzgamiento", ni mucho menos de los funcionarios que comprueban —*in situ*— la comisión de la falta. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Los hechos y conductas fueron sancionados por la aplicación de normas que pretenden que las empresas de servicios públicos efectúen los trabajos consistentes en la "apertura de pozos o zanjas en la vía pública" de acuerdo a ciertas reglas para garantizar la seguridad peatonal y vehicular y la prevención de siniestros. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La genérica tacha de arbitrariedad, que paradójicamente es catalogada por la representación de AySA como el "principal fundamento del recurso de inconstitucionalidad" denegado por el tribunal de alzada, no pasa de ser un cúmulo de citas inconexas que se refieren o reproducen la opinión de la CSJN o de renombrados juristas en cuanto a la "arbitrariedad" —como motivo de impugnación—, cuya relación

con lo ocurrido en esta causa no ha sido debidamente fundamentada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. El recurrente no se ha hecho cargo de las razones que le dio el *a quo* para rechazar los agravios vinculados a la falta de consignación en las actas de infracción de la norma que se estimó infringida, y no ha acreditado por qué esa omisión generó, como sostiene, una violación al principio de *nullum pena sine legem (sic)* y a su derecho de defensa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La cuestión que se pretende construir en el recurso de queja en torno a la supuesta imposición de producción de "prueba negativa" y al valor probatorio que la ley otorga a las actas de comprobación de faltas, ha quedado reducida, en el caso, a la interpretación de los arts. 3° y 5° de la ley 1217 efectuada por los jueces de mérito, reglas cuya constitucionalidad no se ha cuestionado concretamente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. No se ha expuesto de manera clara en el recurso de queja la vinculación de las garantías invocadas —el principio *nullum pena sine legem (sic)* y el derecho de defensa en juicio— con la omisión atribuida a los inspectores que actuaron en el caso, consistente en no haber consignado en las actas labradas las normas presuntamente infringidas [art. 3° c), ley 1217]. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. No se advierte en el recurso de queja esfuerzo alguno por controvertir —desde una perspectiva constitucional— los argumentos brindados por los jueces de mérito para decidir el litigio y sólo se pretende reeditar ante el Tribunal una discusión que remite a la interpretación de normas de rango infraconstitucional y a la valoración de circunstancias de hecho y prueba. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. En el recurso de queja no se ha controvertido de manera concreta y razonada la constitucionalidad de las normas legales que sirvieron de apoyo para la determinación del monto de las sanciones impuestas, ni se ha logrado demostrar que la aplicación de dichas normas efectuada en el caso resulte arbitraria a la luz de las circunstancias comprobadas en el proceso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF n° 7102/10 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En este proceso, en primera instancia, Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (en adelante AySA) fue condenada como autora de la infracción prevista en el art. 2.1.15 de la ley 451 —en concurso real en dos oportunidades— a la pena de multa de 200.000 unidades fijas y, por otra parte, fue absuelta en relación con los restantes hechos por los cuales había sido juzgada. AySA apeló dicha decisión. La Cámara confirmó la condena impuesta.

2. Contra la decisión de la Cámara que confirmó la condena, AySA interpuso recurso de inconstitucionalidad por entender que la resolución atacada resultaba

arbitraria, configuraba un caso de exceso ritual manifiesto y, por lo tanto, lesionaba la garantía de debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el de propiedad.

Al momento de desarrollar sus motivos de agravio, la apoderada de AySA sostuvo que la Cámara no consideró las defensas expuestas oportunamente. Indicó, por un lado, que, en tanto las actas de infracción no contienen la calificación de los hechos imputados, se vio imposibilitada de ejercer su defensa y, en su caso, de elegir la vía del pago voluntario. Asimismo, manifestó que no tuvo posibilidad de desvirtuar las infracciones imputadas porque fue rechazada la producción de prueba que había ofrecido y, por otra parte, se la habría obligado a producir prueba negativa —destinada a acreditar que no realizó ningún trabajo en el lugar de los hechos— lo cual es de cumplimiento imposible. Por último, respecto de la lesión al derecho de propiedad, AySA sostuvo que el monto de la sanción es desproporcionado y confiscatorio si se tiene en cuenta la entidad de la falta cometida.

3. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar que la defensa no presentó un caso constitucional sino que, por el contrario, sólo expresó su discrepancia con la valoración de cuestiones de hecho y prueba y, con la interpretación de normas infraconstitucionales. Ante la denegatoria, AySA interpuso recurso de queja.

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista requerida, indicó que la queja carece de una crítica del auto que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad y, por otra parte, que éste no plantea un caso constitucional. Por esa razón, propició el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja que motiva esta intervención fue oportunamente interpuesta por escrito ante este Tribunal (art. 33 de la ley 402). Aún así, no puede prosperar. La quejosa no realiza una crítica concreta y circunstanciada de la resolución que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad en tanto entendió que la presentación no reunía los requisitos sustanciales de admisibilidad previstos por el art. 27 de la ley 402.

La recurrente no intenta siquiera desvirtuar las afirmaciones realizadas por la Sala II en el auto denegatorio que motiva su presentación. Se limita a reiterar que a su entender, la sentencia contra la que promovió recurso de inconstitucionalidad —que no es materia de esta queja—, le causó un gravamen irreparable (fs. 34).

Señala también, sin que esto tenga conexión con el caso de autos, que según la doctrina de la CSJN la arbitrariedad de sentencia constituye una cuestión federal (fs. 34 vta.).

Sin hacer referencia alguna a los considerandos de la decisión que viene a impugnar, propone vagamente que el *a quo* no tuvo "un fundamento lógico y justo" para vedar "el acceso a otra instancia" (fs. 35).

Abunda acerca de que el fallo recurrido "perjudica claramente sus intereses" (fs. 35), pero no trae argumentos tendientes a poner en crisis su legitimidad.

Finalmente, dedica la mayor parte de su presentación directa a la reproducción textual de su recurso de inconstitucionalidad.

En ningún caso consigue criticar lo considerado por la Cámara para decidir como lo hizo.

3. Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado y dar por perdido el depósito oportunamente integrado.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, en orden a que la presente queja no puede prosperar, porque, además de no cuestionar de manera suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, exhibe una manifiesta falta de fundamentación de naturaleza constitucional. Pienso que, más allá de que los agravios propuestos se remiten y agotan en el examen de cuestiones privativas de los jueces de mérito —hecho, prueba e interpretación de normas infraconstitucionales— y, por regla, ajenas a esta instancia de excepción, las razones expuestas por AySA no logran poner en crisis lo ocurrido en la causa.

En cuanto al primer agravio, tal como lo afirmé en autos "Gerialeph" (21/12/2009), la calificación legal y definitiva del *hecho* constitutivo de la falta depende del estudio que los *jueces* realizan al momento del juzgamiento del *hecho* y no depende en lo absoluto de la determinación provisoria que hacen los funcionarios de la Administración que intervienen ante la "instancia única, obligatoria y previa al juzgamiento", ni mucho menos de los funcionarios que comprueban —*in situ*— la comisión de la falta. En efecto, lo relevante es que el presunto infractor comprenda el *hecho* que se le atribuye, porque es sobre aquel *hecho* por el cual deberá responder y ejercer su descargo. En el caso, pareciera que si las inspectoras que labraron las actas describieron aquellos hechos como "apertura en infracción con tierra sobre su superficie, sin cierre con mortero de cal reglamentario" y "falta de pago anticipado de cierre" (fs. 2 vta.), AySA estuvo en perfectas condiciones de refutar estas descripciones y en realidad no se advierte que —tratándose de obligaciones específicas que tiene a su cargo por encontrarse autorizada para realizar aperturas en la vía pública— no las haya entendido en toda su extensión, o que, cuanto menos, con la diligencia que le resultaba exigible —de cara a su autorización— haya estado en posición de comprenderlas debidamente. Asimismo, y más allá de que, a mi criterio, las personas físicas o jurídicas que comenten infracciones al Régimen de Faltas no tienen que defenderse de "calificaciones" legales, ni de "sanciones", sino de *hechos* o conductas, en el caso tanto en la instancia administrativa como en la sede judicial estas conductas fueron calificadas de idéntica manera, como infracciones al art. 2.1.15, ley 451, encuadre legal y concreto que, más allá de su acierto o error, AySA no

ha intentado enervar o discutir en momento alguno —pues sus defensas se limitan a cuestionar el valor probatorio de las actas, a causa de la supuesta confección incompleta o deficitaria, en función del art. 3.c, ley 1217.

En cuanto al segundo agravio pareciera que la quejosa olvida hacerse cargo de que, por un lado, se le impuso el mínimo legal de multa establecido para los hechos atribuidos (conf. art. 2.1.15, RF), y, por el otro, que lo que se pretende es, precisamente, que las empresas de servicios públicos efectúen los trabajos consistentes en la "apertura de pozos o zanjas en la vía pública" de acuerdo a ciertas reglas para garantizar la seguridad peatonal y vehicular y la prevención de siniestros. La explicación de AySA tendiente a evidenciar la desproporción de la sanción impuesta, fundada en "la infinidad de trabajos diarios de este tipo que realiza" y en la eventualidad de que "el patrimonio de la empresa se vería seriamente perjudicado" si se la sancionara por muchos de esos trabajos, pasa por alto injustificada e ilegítimamente la necesidad de que su actividad, aun cuando se trate de un "servicio público" (fs. 38), debe desarrollarse conforme a derecho y en resguardo de la comunidad a la que va dirigido el servicio que presta. En palabras simples, el hecho de que deba realizar constantemente "pozos o zanjas en la vía pública", en función de la actividad que desarrolla, no la autoriza a realizarlos de cualquier forma, ni la exime del cumplimiento de los requisitos legales que se exigen en la Ciudad de Buenos Aires.

Por último, la genérica tacha de arbitrariedad, que paradójicamente es catalogada por la representación de AySA como el "principal fundamento del recurso de inconstitucionalidad" denegado por el tribunal de alzada, no pasa de ser un cúmulo de citas inconexas que se refieren o reproducen la opinión de la CSJN o de renombrados juristas en cuanto a la "arbitrariedad" —como motivo de impugnación—, cuya relación con lo ocurrido en esta causa no ha sido debidamente fundamentada.

Por lo dicho, voto por *rechazar* la queja y *dar por perdido* el depósito de ley.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja debe ser rechazada porque la defensa no logra exponer ni una cuestión constitucional, ni una federal (conf. la doctrina de *Fallos,* 311:2478).

2. Aunque AySA sostiene que la Cámara resolvió en forma arbitraria al condenarla en base a información que, afirma, fue erróneamente consignada en las actas de infracción que dieron lugar a este proceso (en particular, manifiesta que no trabajó en las ubicaciones que se indican en esas actas), no se ha hecho cargo de los argumentos que dio el *a quo* al resolver este planteo (fs. 10/11). Esa circunstancia basta para rechazar la presente tacha de arbitrariedad.

3. La parte recurrente tampoco se ha hecho cargo de las razones que le dio *a quo* para rechazar sus agravios vinculados a la falta de consignación en las actas de infracción de la norma que se estimó infringida (fs. 10/11).

A su vez, no ha acreditado por qué esa omisión generó, como sostiene, una violación al principio de *nullum pena sine legem (sic)* (fs. 16 vta.) y a su derecho de defensa. Ello, pues no ha demostrado que esa sea la situación que acá nos ocupa. Los jueces de la causa han enmarcado las conductas imputadas en las previsiones del art. 2.1.15 de la ley 451 (véase entre otras, la parte dispositiva de la sentencia de Cámara), norma cuya validez no ha sido discutida. Por su parte, si bien AySA aduce que la mencionada omisión de que se consignase en las actas la norma que se estimaba infringida implicó una violación a su derecho de defensa, no indica qué defensas se vio privada de ejercer.

Por último, la recurrente debió, cuando menos, explicar por qué, a su juicio, la mencionada omisión pudo modificar su situación particular con relación a la posibilidad de acceder al beneficio del pago voluntario (conforme afirma a fs. 16 vta.); cosa que no ha hecho.

4. Finalmente, igual suerte debe seguir el planteo dirigido a controvertir el monto de la sanción impuesta por el *a quo*. AySA manifiesta que "…el monto de la sanción aparece como contrario a toda lógica jurídica, en tanto y en cuanto resulta a todas luces desproporcionado, confiscatorio y arbitrario si se tiene en cuenta la entidad de la[s] falta[s] cometida[s]" (fs. 16 vta.). Pero, ni muestra que la Cámara hubiese obrado en forma arbitraria al valorar las cuestiones de hecho que la llevaron a imponer la sanción aquí cuestionada, ni ha controvertido la validez de las sanciones previstas en la norma en base a la cual resultó condenada: el art. 2.1.15 de la ley 451.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito oportunamente integrado.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los votos de los doctores Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Ana María Conde —en este caso sin perjuicio de las especificaciones que realicé en mi voto en la causa que ella cita— y agrego las siguientes puntualizaciones adicionales.

2. El agravio planteado a partir del alegado "inapropiado análisis de la situación" (punto V.1 de la queja, fs. 36) no configura una cuestión constitucional, toda vez que remite, pura y exclusivamente, a la determinación de los hechos y a la valoración de la prueba producida durante el debate. Al respecto, cabe agregar que las dogmáticas afirmaciones de la defensa —que incluso afirma haber sido privada "injustificadamente de la única prueba que podría haber demostrado que otra em-

presa había trabajado en el lugar"— no se condicen con las constancias aportadas junto con su queja, pues de ellas no surge elemento alguno que indique que se haya solicitado la producción de prueba que no haya sido incorporada al debate.

Además, la tacha de arbitrariedad formulada sobre el punto tampoco permite descalificar como acto jurisdiccional válido al pronunciamiento resistido, en tanto la interesada no se ha hecho cargo de rebatir argumentativamente los fundamentos brindados por la Cámara para descartar sus planteos.

Este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (*in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "(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 tiende 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,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

3. La cuestión que se pretende construir en torno a la supuesta imposición de producción de "prueba negativa" y al valor probatorio que la ley otorga a las actas de comprobación de faltas, ha quedado reducida, en el caso, a la interpretación de los arts. 3° y 5° de la ley 1217 efectuada por los jueces de mérito, reglas cuya constitucionalidad no se ha cuestionado concretamente.

Tampoco la recurrente ha expuesto de manera clara en su presentación la vinculación de las garantías invocadas —el principio *nullum pena sine legem (sic)* (fs. 37 vta.) y el derecho de defensa en juicio— con la omisión atribuida a los inspectores que actuaron en el caso, consistente en no haber consignado en las actas labradas las normas presuntamente infringidas [art. 3° c), ley 1217].

En suma, en el caso no se ha realizado esfuerzo alguno por controvertir —desde una perspectiva constitucional— los argumentos brindados por los jueces de mérito para decidir este aspecto del litigio y sólo se pretende reeditar ante el Tribunal una discusión que remite a la interpretación de normas de rango infraconstitucional y, nuevamente, a la valoración de circunstancias de hecho y prueba.

4. Por último, la recurrente se agravia del monto de la sanción que le fue impuesta por considerarlo "…desproporcionado, confiscatorio y arbitrario" si se

tiene en cuenta la entidad de las faltas cometidas (punto V.3 de la queja, fs. 38). Sin embargo, más allá del acierto o error de lo decidido por los jueces de la causa, el planteo formulado en este caso no resulta admisible.

No se advierte en esta cuestión caso constitucional alguno, pues ella también remite a un aspecto del proceso privativo de las instancias de mérito, al menos por regla, vinculado a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho local infraconstitucional que los magistrados intervinientes han realizado en el ámbito de su incumbencia y el recurrente, a su turno, no ha intentado vincular las sanciones efectivamente impuestas en el caso con la afectación de las garantías que sólo menciona, sin realizar mayores esfuerzos por acreditar mediante elementos de convicción suficientes la repercusión de las multas en su patrimonio.

En este sentido, cabe resaltar que en el recurso no se ha controvertido de manera concreta y razonada la constitucionalidad de las normas legales que sirvieron de apoyo para la determinación del monto de las sanciones impuestas, ni se ha logrado demostrar que la aplicación de dichas normas efectuada en el caso resulte arbitraria a la luz de las circunstancias comprobadas en el proceso.

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por AySA S.A. y dar por perdido el depósito de ley.

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 agregado a fs. 33/42.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 45.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7021/10 "Aguas y Saneamientos Argentinos, Sociedad Anónima s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguas y Saneamientos Argentinos, Sociedad Anónima s/inf. art. 2.1.15, zanjas y pozos en la vía pública, ley 451'", del 5/8/2010 y nº 7074/10 "Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. s/infr. art. 2.1.17, L 451'", del 18/8/2010.

CXCVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE APELACIÓN FORMADO EN EL LEGAJO DE SOLICITUD DE AUDIENCIA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 210 CPP CABA EN AUTOS FERREIRA REYES, RENÉ S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Archivo de las actuaciones. Sobreseimiento.

SUMARIO:

1. El pronunciamiento referido a las cuestiones señaladas en el recurso de hecho resulta inoficioso en la actualidad, pues el sobreseimiento dictado en la causa a raíz de la declaración de extinción de la acción, ha pasado en autoridad de cosa juzgada y resulta irrevocable. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 6428/09 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 interpuso queja (fs. 52/60), contra el auto denegatorio (de fs. 47/49) de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 23/31) deducido, a su turno, contra la resolución de la Sala I (fs. 19/21) que confirmó la decisión de la jueza de primera instancia (fs. 1/6), en cuanto concedió la suspensión del proceso a prueba a favor de René Ferreira Reyes —a pesar de la oposición de la Fiscalía.

2. El fiscal general adjunto en su dictamen, solicitó se haga lugar a la queja, se trate el recurso de inconstitucionalidad denegado, se declare la nulidad de las decisiones judiciales cuestionadas y se continúe con la tramitación del caso (fs. 64/68). De lo dictaminado se le corrió vista a la Defensoría General, la que fue contestada a fs. 70/86.

3. Atento a las constancias obrantes en este legajo, el Tribunal resolvió certificar el estado de las actuaciones (fs. 98). Como resultado de las diligencias

practicadas a ese fin, la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 24 remitió copia certificada de la decisión de fecha 22/2/2009, mediante la cual resolvió sobreseer al imputado en este proceso e informó que dicha resolución se encuentra firme (fs. 108/110).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

El pronunciamiento referido a las cuestiones señaladas en el recurso de hecho de fs. 52/60 resulta inoficioso en la actualidad, pues el sobreseimiento dictado en la causa respecto del señor René Ferreira Reyes a raíz de la declaración de extinción de la acción, ha pasado en autoridad de cosa juzgada y resulta irrevocable. En consecuencia, corresponde dar por concluido el trámite de la queja y ordenar su archivo.

Así lo voto.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

El sobreseimiento dictado respecto del recurrente, según surge de la constancia obrante a fs. 110, ha pasado en autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, tal como sostiene mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, corresponde dar por concluido el trámite de la presente queja y ordenar su archivo.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar por concluido* el trámite del recurso de queja agregado a fs. 52/60 y ordenar su archivo.

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

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

CXCIX

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GENITO, MARINA ANDREA S/INFR. ART. 111 —CC'"

RECURSO DE QUEJA. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación. Facultades. Irretroactividad de la ley.

En sus votos los señores jueces remiten a sus fundamentos expuestos en los exptes. nº 7156/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corrao, Osvaldo Horacio s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", del 5/8/2010; nº 7135/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'"; del 29/4/2010; nº 6235/08 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", y nº 6247/08 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", del 29/4/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. La decisión impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad fue dictada por la Cámara cuando regía el art. 53 de la ley 12 en su redacción originaria, norma que no concedía recurso a la Fiscalía, por lo tanto la resolución no era impugnable para el Ministerio Público Fiscal, y dado que las leyes siempre rigen para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia, corresponde rechazar el recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El art. 53 de la ley 12, como regla general, no concedía al fiscal, en el marco de su rol de acusador, posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4° y 5° del art. 26 de la LOPJ), ya que de la letra de ese artículo surgía

claramente que el único habilitado era el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Las leyes rigen siempre para el futuro y la ley 3382 no dispuso su aplicación a decisiones dictadas y notificadas con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo que la legitimación procesal del recurrente debe ser analizada a la luz de la redacción original del art. 53 de la ley 12. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La ley procesal vigente al momento de la notificación de la resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. La decisión de los jueces de mérito que accedió al pedido de suspensión del proceso a prueba a pesar de la oposición expresa del fiscal, configura un manifiesto exceso jurisdiccional, en virtud del cual la potestad de impulsar o no la acción contravencional queda reivindicada como propia del juez, para quien no es vinculante la opinión del fiscal, quien como consecuencia es sustituido y privado de decidir sobre el ejercicio de aquella acción, para la que estaba investido privativamente el Ministerio Público Fiscal. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La razón por la que la suspensión del proceso a prueba está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe al Ministerio Público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia le la ley hace examinar al juez. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Establecido el significado que a la luz de la Constitución de la CCBA (arts.13, inc. 3° y 106) corresponde atribuir al art. 45 del CC, resulta evidente que los jueces de mérito no pueden afirmar válidamente que la opinión del fiscal no es vinculante para decidir acerca de la concesión de la suspensión del proceso a prueba, por lo que corresponde revocar las decisiones que motivaron el recurso fiscal. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7147/10 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia, pese a la oposición fiscal, se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Cámara confirmó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, propició que el Tribunal admitiera el recurso directo e hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Asimismo, solicitó que se le diera efecto suspensivo a la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La situación de autos es equivalente a la resuelta en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Corrao, Osvaldo Horacio s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", expte. nº 7156/10 (resolución del 5/8/2010). Allí sostuve que la resolución que motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad fue dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 3382. La ley procesal vigente a ese momento sólo habilitaba la vía recursiva al contraventor, por lo que la posterior modificación de la norma no habilita en autos recurso alguno en favor del señor fiscal, lo que determina el rechazo de la presente queja. Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Al margen de que este acuerdo ha sido convocado con el propósito de decidir sobre el "efecto suspensivo", peticionado por el señor fiscal general adjunto, las razones que expuse al emitir mi voto en los autos "Pazos" (expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010) me obligan a rechazar la queja sin más trámite.

Con independencia de que el señor fiscal ante la Cámara interpuso el recurso de inconstitucionalidad y la queja con posterioridad a que entrase en vigencia la nueva redacción del art. 53 de la ley 12, lo cierto es que, en la medida en la cual esa modificación legal hizo nacer un derecho recursivo en cabeza de la Fiscalía que —al dictarse dicha resolución— esa parte no tenía ("Rodríguez y Ball", expte. nº 110/99, resolución del 22/10/1999), la decisión surtió plenos efectos y pasó en autoridad de cosa juzgada para el Ministerio Público Fiscal, al amparo de la ley anterior. En este sentido, no es posible olvidar que, antes de aquella reforma, el único sujeto habilitado para apelar el fallo de Cámara —esto es, el contraventor— tenía el derecho a que su situación jurídica existente y consolidada no se viera alterada, modificada o perturbada por la actuación del órgano acusador, derecho que reconocía su base —cuanto menos— en la ley anterior. Está fuera de discusión que el legislador puede sancionar una nueva ley procesal para otorgar un recurso más al Ministerio Público Fiscal (CSJN, "Arce", *Fallos,* 320:2145), que ningún acusado tiene derecho a que las leyes procesales se mantengan inmutables y que las leyes procesales, en principio, se aplican a los procesos en trámite —con la particularidad de que, dentro de las causas en trámite, se aplican a los actos cumplidos a partir de la vigencia de la reforma procesal en cuestión ("Ybarra", expte. nº 6903/09, resolución del 12/2/2010)—. Sin embargo, razones de equidad y seguridad jurídica me llevan a afirmar que el estado de cosas del que gozaba el imputado en estas actuaciones ya estaba definido, en cuanto a sus características y efectos jurídicos —aunque

dichos efectos aún no se estuvieran produciendo—, con el dictado de la decisión de la Cámara y aquel estado de cosas debe permanecer inalterable.

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

Al margen de la solicitud efectuada por el fiscal general adjunto (véase punto 3 del resulta), tal como lo afirman las señoras juezas, doctoras Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, la queja presentada por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser rechazada por los fundamentos que brindan y los desarrollados en mi voto *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pazos, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'" expte. nº 7135/10, resolución del 29/4/2010, en atención a la fecha en la que fue notificado de la resolución de la Cámara contra la que interpuso el recurso de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El conflicto suscitado en la presente causa en torno a las atribuciones y al margen de control que los jueces de mérito se atribuyeron con relación al instituto previsto en el art. 45 del CC (suspensión del proceso a prueba) resulta análogo al tratado por este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009 y en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009.

En tales condiciones, y por los argumentos que expuse en mis respectivos votos en esas causas, correspondería admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia así como de todo lo actuado con posterioridad a ella y devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se radique la causa ante un juzgado y en su oportunidad una sala distintos de los que ya tuvieron intervención. La solución propiciada demandaría, normalmente, requerir los autos principales pero en tanto mi voto constituye, conforme al resultado que surge del acuerdo, una posición de minoría, resulta innecesario avanzar en tal sentido.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En similar sentido se resolvió en el expte. nº 7140/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Horvath, Eduardo Alberto s/infr. art. 111 del CC'", también del 18/8/2010.

CC

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFR. ART. 116, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Monto de la pena. Requerimiento de juicio. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Principio de legalidad. Doble juzgamiento.

SUMARIOS:

1. La interpretación efectuada por los jueces de la causa no ha sobrepasado de alguna manera la hermenéutica posible, en orden al carácter *provisional* que se le atribuyó al pedido de pena que se formuló en el requerimiento de juicio (art. 44, ley 12), ni se advierte que, a partir de dicha interpretación, el imputado se haya visto sorprendido o menoscabado en su garantía de defensa en juicio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Un juicio oral, público, contradictorio y continuo no importa una simple homologación o acogimiento de la pretensión punitiva fundada sobre la base de aquello que el titular de la acción (esto es, el MPF) tuvo por cierto al momento de formular su "requerimiento", toda vez que su acusación y promoción no se agota con ese único acto procesal, sino que el mantenimiento de la acusación y de la pretensión punitiva que se "considere adecuada al caso" dependerá de una sucesión reglada de actos procesales que finalizará con el dictado de la sentencia judicial que valore la imputación y la contraste con pruebas, luego de escuchar a las partes sobre su mérito y sobre las conclusiones a las que ellas arriben sobre la plausible pertinencia, reducción, ampliación o variación de la intensidad o de la modalidad de esa respuesta punitiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La tarea de interpretar las leyes procesales reposa, por regla y salvo arbitrariedad manifiesta, en los jueces de la causa, quienes se han pronunciado —con respecto a la solicitud de pena "provisoria", a resultas de lo que se sustancie en el juicio—, con argumentos que en forma alguna resultan irrazonables o absurdos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La variación de pena que peticionó el representante del MPF, al fundar su alegato final, en modo alguno pudo resentir el debido proceso del imputado, en la medida en la cual aquél tuvo que rebatir hechos y pruebas y no defenderse de las penas previstas para la conducta contravencional que le fuera atribuida; penas que, por cierto, no han variado en especie o calidad de las que fueron solicitadas en el "requerimiento de juicio", ni se apartan —en exceso — del mínimo legal para el concurso de contravenciones, con más la declaración de reincidencia, por las que fuera condenado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El carácter provisorio o irreversible de la solicitud de pena —o incluso de la calificación legal del hecho— que "debe" realizar en su requerimiento el MPF en materia contravencional (art. 44, ley 12), o que, eventualmente, podría realizar en materia penal, es una cuestión que permanece en el ámbito de incumbencia exclusivo de los jueces de mérito, y, en lo que aquí importa, no ha sido resuelta de un modo constitucional o jurídicamente insostenible. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El agravio que en el recurso de inconstitucionalidad la defensa describe como una vulneración al principio de legalidad y a la prohibición del doble juzgamiento se reduce a la mera discrepancia del recurrente con los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara para negarse a la aplicación supletoria de ciertas normas previstas en el Código Procesal Penal de la Ciudad al procedimiento contravencional, que resultan suficientes para descartar la arbitrariedad de la decisión cuestionada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Las argumentaciones de la defensa en torno a una alegada afectación del principio de congruencia no resultan hábiles para demostrar la existencia en el caso de una cuestión constitucional, pues no remiten a una discusión en torno a la extensión de la garantía que se invoca, sino a un cuestionamiento en torno al alcance de las afirmaciones efectuadas por el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de requerir la realización del juicio, y el encuadre jurídico que de los hechos allí descriptos realizaron los jueces de mérito, por lo que corresponde rechazar el recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Los jueces de la Cámara consideraron que los hechos descriptos en el acto de requerimiento de elevación a juicio, luego transcriptos en las decisiones de mérito —a excepción de la conducta por la que la alzada absolvió al recurrente— encuadraban en las previsiones del art. 116 y 117, CC y entendieron, además, que el representante del MPF había mencionado la norma cuya aplicación la defensa cuestiona (el art. 117, CC) al requerir la elevación a juicio, por lo que refieren que en el caso, lejos de ponerse en juego el derecho de defensa en juicio, se ha aplicado el principio *iura novit curia*. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. El agravio relativo al *quantum* de la pena impuesta, que excedió a la originariamente peticionada por el fiscal en el requerimiento de elevación de la causa a juicio, propone una cuestión constitucional que justifica admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La solución del caso requiere interpretar derecho local de jerarquía inferior a las Constituciones nacional y local, como lo son las normas que regulan el proceso

contravencional, tarea que resulta *per se*, en principio, ajena al recurso previsto por el art. 27 de la LPT, lo que no es impedimento para que una vez suscitado el caso constitucional, el Tribunal interprete tanto el derecho local de rango no constitucional como el común, toda vez que, a diferencia de la CSJN, órgano al que toca conocer en un recurso con evidentes similitudes, no pesa sobre el TSJBA una restricción de la especie que los arts. 75 inc. 12 y 116, C.N. imponen a la justicia federal. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. No es dudoso que un proceso coherente con el derecho constitucional de defensa en juicio y con la garantía del *non bis in idem* no puede dejar librado al acusador escoger a su discrecional albedrío la oportunidad de solicitar la pena, al igual que no puede abrirle en la misma modalidad la de solicitar su agravamiento o medida. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. El *a quo* aplicó el art. 26 CC, sin asiento en las normas procesales que encauzan el juicio contravencional, y el modo en que lo hizo no se compadece con el particular cuidado que se debe tener con una norma de rango inferior a la Constitución para armonizarla con los derechos constitucionales en juego, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar a este respecto el pronunciamiento apelado, y disponer la reducción de la condena impuesta en la medida que sobrepasó la pena peticionada en el requerimiento a juicio. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 6890/09 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor general de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 91/111) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 65/80 (fs. 84/87 vta.). Éste, a su vez, fue articulado contra la resolución de la misma Sala que, en lo que ahora importa, confirmó parcialmente la decisión de primera instancia que había condenado a Carlos Alberto Oniszczuk por encontrarlo autor responsable de las contravenciones previstas en los arts. 116 y 117 del CC respecto de los hechos acaecidos los días 5/3/2008, 8/4/2008, 23/6/2008, 11/4/2008 y 9/5/2008 y modificó la pena impuesta, fijándola en diecisiete (17) días de arresto, con más las accesorias de inhabilitación por el término de cinco (5) años y el comiso de los elementos oportunamente secuestrados más la declaración de reincidencia, con costas. Condenando, en definitiva, a Carlos Alberto Oniszczuk a la pena de veintidós (22) días de arresto, con más las accesorias de inhabilitación por el término de seis (6) años y ocho (8) meses y el comiso de los elementos oportunamente secuestrados (fs. 54/62).

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa se agravió por entender que la resolución cuestionada: *i)* había vulnerado el principio de legalidad, como consecuencia del rechazo de su planteo de que, a la luz de lo prescripto por el art. 6° de la ley 12, se aplicase supletoriamente el art. 104 del CPP; *ii)* como consecuencia de lo anterior, había vulnerado la garantía de *non bis in idem*; *iii)* resultaba arbitraria, por considerar que: *a)* había quebrantado el principio de congruencia, en función del cambio de calificación y pena producidos durante el debate, circunstancia que, agregó, importó la afectación de su derecho de defensa en juicio; *b)* había efectuado una incorrecta identificación del presunto lugar de comisión de los hechos, en relación al local sito en la calle Piedras; *c)* había efectuado una incorrecta valoración de la prueba, puesto que, según afirmó, no existían pruebas suficientes para fundar la condena, a partir de lo cual sostuvo, asimismo, que la mencionada decisión había vulnerado el principio *in dubio pro reo*. Finalmente, planteó la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, con apoyo en que éste sería contrario a los principios de culpabilidad y *ne bis in idem*, postulando, asimismo, que su declaración por el Tribunal procedería aún de oficio (fs. 65/80 vta.).

3. Los jueces de la Sala I denegaron el recurso de inconstitucionalidad porque, por un lado, la parte recurrente no había logrado articular un caso constitucional y, por el otro, porque el planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia había sido introducido recién con la queja, lo que impidió que fuese tratado por ese Tribunal (fs. 84/87 vta.).

4. En el recurso de queja aludido en el punto 1, el señor defensor general requirió que "[s]e suspenda la ejecución de la sentencia condenatoria dispuesta en autos conforme [al] art. 33 de la ley 402" (fs. 111) pedido que, por mayoría, fue concedido por el Tribunal mediante la decisión del día 1º/2/2010, agregada a fs. 121/124.

5. Al emitir su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja porque consideró que la presentación, aunque resulta autosuficiente y contiene una crítica pormenorizada al auto denegatorio atacado, no expone ninguna cuestión constitucional que permita habilitar esta instancia (fs. 131/134 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Por las razones que expondré, sólo el agravio individualizado en el punto 2.iii.a de los "resulta", relativo al *quantum* de la pena impuesta al Sr. Oniszczuk, propone una cuestión constitucional que justifica hacer lugar a la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad.

2. El señor defensor general postula que la decisión cuestionada en tanto condenó, en definitiva, al Sr. Oniszczuk a la pena de veintidós (22) días de arresto, con más las accesorias de inhabilitación por el término de seis (6) años y ocho (8) meses y el comiso de los elementos oportunamente secuestrados, incurrió, al igual

que lo había hecho el juez de primera instancia, en una vulneración al principio de congruencia que convierte al mencionado pronunciamiento en arbitrario. Ello así, puesto que, según afirma, convalidó el "…sorpresivo aumento de la pena que efectuó el fiscal en su alegato final, sin exponer argumentos válidos y [al] que el juez de grado, con fundamentos sólo aparentes —en consecuencia, en forma arbitraria— hizo lugar" (fs. 74 vta.), apartándose de la pena originariamente peticionada por el fiscal al requerir la elevación a juicio.

La cuestión descripta en el párrafo anterior suscita la competencia de este Tribunal, pues el recurrente demuestra que se encuentra involucrado de modo directo el derecho de defensa en juicio del Sr. Oniszczuk (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA), que invoca afectado, así como también la garantía de *non bis in idem* (art. 8.4, CADH, 14.7, PIDCP, ambos de jerarquía constitucional por imperio de lo prescripto por el art. 75 inc. 22, C.N., y, aunque en un plano de jerarquía inferior, art. 8°, CC).

Asimismo, es preciso señalar que la solución del caso requiere interpretar derecho local de jerarquía inferior a las Constituciones nacional y local, como lo son las normas que regulan el proceso contravencional. Tal tarea, resulta *per se*, en principio, ajena al recurso previsto por el art. 27 de la LPT. Sin embargo, una vez suscitado el caso constitucional, no existe impedimento para que el Tribunal interprete tanto el derecho local de rango no constitucional como el común, toda vez que, a diferencia de la CSJN, órgano al que toca conocer en un recurso con evidentes similitudes, no pesa sobre el TSJBA una restricción de la especie que los arts. 75 inc. 12 y 116 C.N. imponen a la justicia federal. De este modo se da pleno efecto a lo que dispone el art. 31 de la LPT que impone resolver en lo posible el fondo del asunto (conf. mi voto *in re* 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'', expte. n° 3260/04, resolución del 16/3/2005).

2.1. Sentado ello, corresponde ingresar al examen de la cuestión propuesta.

El *a quo*, para rechazar el planteo que ahora nos ocupa, dio al art. 26, CC —que regula los parámetros que deben ser ponderados para graduar las sanciones— un alcance que lo coloca en pugna con los derechos de raigambre constitucional mencionados. En efecto, para resolver del modo en que lo hizo, la Cámara se apoyó en que "…las penas impuestas se mantuvieron dentro de los parámetros de la calificación legal escogida, en base a lo dispuesto en el art. 26 del Código de fondo" (fs. 58). Sin embargo, como se dijo, ello conduce a una solución errada a la luz de las pautas que irradian las normas constitucionales respecto del modo de organizar el proceso. En este sentido, la disposición comentada no puede ser interpretada aisladamente y, a la vez, lo debe ser de un modo que la alinee, v. gr., con un proceso estructurado sobre la base de reglas acordes con el sistema acusatorio vigente —cuestión sobre la cual no me explayo por no versar sobre ello el agravio suscitado—; así también, con el derecho de defensa de las partes, y con la garantía del *non bis in idem.*

No es dudoso que un proceso coherente con los derechos constitucionales mencionados en último término no puede dejar librado al acusador escoger a su

discrecional albedrío la oportunidad de solicitar la pena, al igual que no puede abrirle en la misma modalidad la de solicitar su agravamiento o medida. Hacerlo impactaría, por un lado, en la estrategia defensiva que el imputado prefiera desplegar —para lo cual resulta especialmente relevante conocer cuál es la pena que, a la postre, podría serle aplicada (una elección racional sustentada en reglas de preferencias podría haber inducido al imputado a no esforzarse en su defensa por estar dispuesto a tolerar la pena primeramente peticionada, pero no así la requerida en segundo lugar, respecto de la cual hubiera elegido efectuar un mayor esfuerzo en el despliegue de su defensa con tal de no padecer la concreción de la sanción amenazada)— y, por la otra, implicaría incrementar el riesgo —riesgo de padecer una pena mayor o diferente— por el mismo hecho.

Cierto es que el sistema constitucional toleraría que la petición pueda ser modificada en alguna/s oportunidad/es, bajo ciertos recaudos —v. gr., si respondiera a cuestiones suscitadas durante el debate, frente a un supuesto que justificase su desconocimiento con carácter previo, y brindando al imputado una adecuada oportunidad de reencausar, en su caso, su defensa—. Pero, ello requiere que la ley adjetiva contenga una previsión al respecto que determine cuál es el riesgo del imputado y le brinde oportunidad adecuada de formular o recomponer su defensa. Para un supuesto que guarda puntos de contacto con el presente, el CPP dispone que "[s]i de las declaraciones del/la imputado/a o del debate surgieran circunstancias agravantes de calificación no contenidas en el requerimiento fiscal, pero vinculadas al hecho que las motiva, el/la fiscal y la querella podrán ampliar la imputación. También podrán adecuarla si resultare de las circunstancias expuestas que el hecho es diverso.// En tal caso, bajo consecuencia de nulidad del debate, el/la juez/a deberá explicarle al/la imputado/a, y en su caso al/la civilmente demandado/a, los nuevos hechos o circunstancias que se le atribuyen e informar a su defensor/a que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa" (art. 230). Empero, el *a quo* no ingresó ni sobre la posibilidad de aplicar supletoriamente esta norma ni sobre la concurrencia de alguna de las hipótesis que ella prevé. Tampoco surge de su pronunciamiento o del acta de debate que durante el desarrollo de la audiencia de juicio se hubiera suscitado alguna circunstancia diferente de las contempladas al formular el requerimiento de elevación a juicio, ni, en definitiva, razones que armonicen la solución adoptada con un sistema guiado por las cláusulas constitucionales a que me vengo refiriendo.

La Ley 12 de Procedimiento Contravencional señala una oportunidad para la introducción de las pretensiones del fiscal, al establecer que "[e]l o la fiscal, en el requerimiento de juicio, debe identificar al imputado o imputada, describir y tipificar el hecho, exponer la prueba en que se funda, ofrecer prueba, *solicitar la pena que considera adecuada al caso* y explicar las circunstancias tenidas en cuenta para ello" (art. 44, sin destacar en el original). Por su parte, en la oportunidad indicada por la disposición en comentario —requerimiento de elevación a juicio— la señora fiscal requirió "…que se imponga al imputado la pena de *veinte (20) días de arresto domiciliario —quince (15) días más un tercio (1/3) por su calidad de reincidente—*

(arts. 32 inc. 1º, 2ª parte, 17 y 116, CC); inhabilitación por el término de cinco (5) años para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar sorteos, apuestas o juegos (arts. 11 inc. 3º, 14, 23 y 24 del CC ley [sic] 10, 23 y 34 de la ley 1472), y costas (art. 14 de la LPC). Solicito se disponga también el *comiso de los efectos secuestrados (art. 35 de la ley 1472)*" (fs. 476 del expediente principal). Sin embargo, durante el desarrollo de la audiencia de juicio, el señor fiscal que en esa oportunidad representó al Ministerio Público Fiscal pidió que se le impusiese al Sr. Oniszczuk una pena mayor, petición que fue acogida favorablemente por los jueces de mérito —aun cuando la Cámara revocó parcialmente la condena impuesta, aquella que, en definitiva, le impuso a Oniszczuk excedió la peticionada primeramente por la señora fiscal—, empero, como quedó dicho, sin expresar razones que justifiquen un apartamiento de la regla procesal señalada y, en consecuencia, que condujeran a admitir una modificación de ese tenor introducida durante la audiencia de juicio.

Como consecuencia de todo lo dicho, el *a quo* aplicó el art. 26 CC, sin asiento en las normas procesales que encauzan el juicio contravencional, y el modo en que lo hizo no se compadece con el particular cuidado que se debe tener con una norma de rango inferior a la Constitución para armonizarla con los derechos constitucionales en juego. Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar, a este respecto, el pronunciamiento apelado.

2.2. Por imperativo de lo prescripto por el art. 31 LPT corresponde resolver el fondo de la cuestión propuesta.

En este sentido, y en virtud de lo dicho, la condena debe ser reducida en aquella medida en que sobrepasó la pena peticionada en el requerimiento de juicio y, en consecuencia, corresponde que la condena impuesta por los hechos que suscitaron estas actuaciones al Sr. Carlos Alberto Oniszczuk sea reducida a la pena de veinte (20) días de arresto domiciliario, con más las accesorias de inhabilitación por el término de cinco (5) años y el comiso de los elementos oportunamente secuestrados.

3. Los demás planteos propuestos por la defensa no suscitan la competencia de este Tribunal, puesto que no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3° reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478).

3.1. La doctrina de la arbitrariedad que invoca la apelante, conforme tienen señalado la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal siguiéndola, no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa (conf. "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires,

2004, t. III, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608, 323:2196 y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). No muestra el recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

En efecto, los agravios formulados por el recurrente, dirigidos a cuestionar la sentencia de Cámara en cuanto, según alega habría: *i)* convalidado un cambio en la calificación legal de los hechos endilgados; *ii)* efectuado una incorrecta identificación del presunto lugar de comisión de los hechos, en relación al local sito en la calle Piedras; *iii)* efectuado una incorrecta valoración de la prueba, puesto que, según afirmó, no existían pruebas suficientes para fundar la condena, sólo traducen su discrepancia con la decisión cuestionada, pero sin mostrar que resulte insostenible la apreciación de las constancias de la causa o la interpretación de las normas de jerarquía inferior a la Constitución que estimaron aplicable.

Basta señalar, para desestimar los planteos propuestos, que el recurrente no rebate lo dicho por el *a quo* en cuanto a que: *i)* "…se mantuvo la misma [calificación] durante todo el proceso" (fs. 58), circunstancia corroborada con las copias del requerimiento de elevación a juicio acompañadas por el propio recurrente —de acuerdo a la cual, las conductas endilgadas "…se encuentran calificadas provisoriamente como constitutivas del tipo contravencional previsto por el art. 116 y 117 de la ley 1472", véase fs. 2—; *ii)* de las diferentes constancias de la causa se desprende que el local de la calle Piedras, más allá de su numeración catastral, estuvo debidamente individualizado mediante vistas fotográficas y acta de fs. 37, además de que el propio encartado manifestó ser el encargado del local (fs. 58); *iii)* a partir de la extensa apreciación de las constancias probatorias de autos (que, según la enumeración formulada por la Cámara y no rebatida por el recurrente, incluye tickets, vistas fotográficas, informe de llamadas entrantes y salientes correspondientes a uno de los locales, más los efectos secuestrados, además de los testimonios mencionados por la Defensa en su recurso de queja, véanse fs. 59/60), estimó que "…se encuentra comprobado con el grado de certeza necesaria que el Sr. Carlos Alberto Oniszczuk llevó adelante una organización mediante la instalación de los locales en juego de la quiniela en forma no legal" (fs. 60 vta.).

Por lo dicho, el derecho de defensa y el principio *in dubio pro reo* cuya afectación invoca el recurrente carecen de relación directa con la decisión cuestionada

4. Respecto del planteo que el recurrente identifica como "[a]fectación al principio de legalidad" (fs. 95) originado en el rechazo de su pretensión de que se aplicase supletoriamente el art. 104 del CPP involucra, en realidad, una mera discrepancia con el *a quo* respecto de la interpretación de normas procesales, sin ligar de modo directo el derecho constitucional que aduce vulnerado con lo resuelto. A su turno, en relación con la alegada afectación de los principios *non bis in idem* y plazo razonable de duración del proceso fueron introducidos con el recurso de inconstitucionalidad y la queja, respectivamente, por lo que constituyen fruto de una reflexión tardía que impide su abordaje en esta instancia de modo originario.

5. Finalmente, el planteo relativo a la invocada inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, tal como lo señaló el *a quo* al denegar el recurso de inconstitucionalidad articulado por la defensa, no fue oportunamente propuesto, por lo que, por lo dicho en el párrafo anterior *in fine*, debe ser desestimado. No conmueve lo dicho lo afirmado por la defensa en cuanto a que "la falta de petición de ello [se refiere al planteo de inconstitucionalidad] por una de las partes o cuál sea el momento en que ello ocurra no tiene injerencia en el deber que tienen los jueces de analizar el caso particular y disponer lo que corresponde" (fs. 105), toda vez que proponer la cuestión a este Tribunal supone pretender que asuma una intervención de naturaleza originaria vedada por el art. 113 de la CCBA.

6. En suma, corresponde hacer lugar al recurso de queja y al recurso de inconstitucionalidad con el alcance señalado en el punto 1 de este voto, revocar la sentencia de fs. 54/62 en cuanto condenó al Sr. Carlos Alberto Oniszczuk a una pena mayor que aquella peticionada por la señora fiscal en el requerimiento de juicio y, en consecuencia, reducir la pena impuesta al Sr. Oniszczuk con el alcance señalado en el punto 2.2 de este voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a los desarrollos contenidos en los puntos 3, 4 y 5 del voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano.

2. Con respecto al agravio vinculado con el "principio de congruencia", por lo contrario, discrepo con mi distinguido colega preopinante y considero que la queja debe ser rechazada también en este aspecto.

De la escasa fundamentación que el quejoso dedica a todo lo referido a la medida de la pena, no se demuestra que la interpretación efectuada por los jueces de la causa haya sobrepasado de alguna manera la hermenéutica posible, en orden al carácter *provisional* que se le atribuyó al pedido de pena que se formuló en el requerimiento de juicio (art. 44, ley 12), ni se advierte que, a partir de dicha interpretación, el imputado se haya visto sorprendido o menoscabado en su garantía de defensa en juicio; máxime, cuando —según las constancias acompañadas (a fs. 15/21)— esta cuestión fue ampliamente discutida y argumentada durante el debate oral y público.

En el "requerimiento de juicio", el fiscal debe ocuparse de evaluar los elementos probatorios existentes hasta ese momento y si entiende que ellos son suficientes para enviar la causa a juicio, como ha ocurrido en autos, así lo promueve. El objetivo principal de este acto procesal es dar a conocer una imputación acabadamente descripta (en tiempo, modo y lugar) de manera tal que el imputado tenga la posibilidad efectiva de defenderse y refutar aquella enunciación. Si bien es cierto que la ley procesal contravencional prevé que con dicho acto el MPF "debe […] solicitar la pena que considera adecuada al caso y explicar las circunstancias tenidas en cuenta para ello", también lo es que será la evaluación final de la totalidad de las "pruebas" que ofrezcan las partes (arts. 44 y 45, ley 12), que se produzcan o reediten en el

juicio, las que determinarán la conveniencia o inconveniencia de aplicar la pena dentro de los parámetros normativos y de acuerdo a "la medida del reproche por el hecho" (art. 26, ley 1472). Un juicio oral, público, contradictorio y continuo no importa una simple homologación o acogimiento de la pretensión punitiva fundada sobre la base de aquello que el titular de la acción (esto es, el MPF) tuvo por cierto al momento de formular su "requerimiento", toda vez que su acusación y promoción no se agota con ese único acto procesal, sino que el mantenimiento de la acusación y de la pretensión punitiva que se "considere adecuada al caso" dependerá de una sucesión reglada de actos procesales que finalizará con el dictado de la sentencia judicial que valore la imputación y la contraste con pruebas, luego de escuchar a las partes sobre su mérito y después de oír —también— las conclusiones a las que ellas arriben sobre la plausible pertinencia, reducción, ampliación o variación de la intensidad o de la modalidad de esa respuesta punitiva.

La tarea de interpretar las leyes procesales reposa, por regla y salvo arbitrariedad manifiesta, en los jueces de la causa, quienes —por lo dicho— parecen haber tenido la última palabra —con respecto a la solicitud de pena "provisoria", a resultas de lo que se sustancie en el juicio—, con argumentos que en forma alguna resultan irrazonables o absurdos. Por lo demás, tengo para mí que la variación de pena que peticionó el representante del MPF, al fundar su alegato final, en modo alguno pudo resentir el debido proceso del imputado, en la medida en la cual aquél tuvo que rebatir hechos y pruebas y no defenderse de las penas previstas para la conducta contravencional que le fuera atribuida; penas que, por cierto, no han variado en especie o calidad de las que fueron solicitadas en el "requerimiento de juicio", ni se apartan —en exceso— del mínimo legal para el concurso de contravenciones, con más la declaración de reincidencia, por las que fuera condenado.

Sin intención de polemizar, otra solución tampoco puede extraerse del CPP local (ley 2303), en la medida en la cual se sostenga que en el caso no ha variado la plataforma fáctica por la que esta causa fue llevada a juicio —afirmación que, luego de leer la acabada descripción de los "hechos" (a fs. 1/2 y reiterada a fs. 57/58), guía este análisis—, pues la oportunidad a la que se refiere el art. 230 de ese cuerpo no parece relacionarse con el pedido de pena, sino con la "ampliación y modificación de la imputación" (vinculada con nuevos "hechos o circunstancias"). Ello se debe probablemente a que la pena en el ámbito penal local no es anunciada en el "requerimiento de juicio" (art. 206), sino que el pedido de pena o de "absolución" —que no puede ser sobrepasado o desoído por el tribunal, "cuando no hubiera habido acusación de la querella" (art. 244, ibídem)— tiene lugar en la audiencia de juicio, luego de recibirse la prueba y al momento de la formulación de las "conclusiones" (como también sucede en el rito nacional: arts. 347 y 393, CPPN). En suma, el carácter provisorio o irreversible de la solicitud de pena —o incluso de la calificación legal del hecho— que "debe" realizar en su requerimiento el MPF en materia contravencional (art. 44, ley 12), o que, eventualmente, podría realizar en materia penal, es una cuestión que —como ha venido presentada por el recurrente— permanece en el ámbito de incumbencia exclusivo de los jueces de

mérito, y, en lo que aquí importa, no ha sido resuelta de un modo constitucional o jurídicamente insostenible.

3. Por lo expuesto, voto por *rechazar* la queja intentada.

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo y forma, la queja presentada por la defensa oficial del señor Oniszczuk debe ser rechazada, pues no logra desvirtuar los argumentos dados por los integrantes de la Sala I en el auto denegatorio, en cuanto allí se sostiene que el recurso de inconstitucionalidad no consigue plantear un caso constitucional.

2. Al respecto, a los argumentos expuestos en los puntos 3 a 5 del voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano —a los que adhiero— deseo agregar lo que sigue.

a) El agravio que en el recurso de inconstitucionalidad la defensa describe como una vulneración al principio de legalidad y la prohibición del doble juzgamiento (punto 2 i y ii del "resulta") se reduce —tal como lo expuso el doctor Lozano— a la mera discrepancia del recurrente con los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara para negarse a la aplicación supletoria de ciertas normas previstas en el Código Procesal Penal de la Ciudad al procedimiento contravencional; argumentos que resultan suficientes para descartar la arbitrariedad de la decisión cuestionada. Por lo demás, tampoco resulta indiscutible que hubiese transcurrido, en el caso, el plazo fijado en las normas cuya aplicación aquí se pretende. Al respecto, el recurrente no ha realizado esfuerzo alguno en exponer concretamente las razones por las que entiende que de acogerse su pretensión, podrían resultar aplicables a las circunstancias particulares del caso las previsiones del art. 104 y 105 del CPP. Nótese al respecto que, según lo expuso el defensor durante la audiencia de debate, el fiscal habría presentado el requerimiento de juicio "el día que vencía el plazo", luego de lo cual "el Juzgado […] devolvió la pieza acusatoria a efectos de que remita las actuaciones en su totalidad" —fs. 17 vta./18.

b) Las argumentaciones de la defensa en torno a una alegada afectación del principio de congruencia —derecho de defensa en juicio—, expuestas en el punto III.3 de la queja (punto 2.iii.a del "resulta"), no resultan hábiles para demostrar la existencia en el caso de una cuestión constitucional. El recurrente argumenta que "[a]l requerir el juicio el MPF siempre lo hizo respecto a conductas que conforme su descripción se subsumen legalmente sólo en el art. 116, CC; en ningún momento utilizó los verbos que señala el art. 117, CC, tampoco se desprende de la descripción de los sucesos que éstos pudieran encuadrar en ese último. Un claro ejemplo de ello es que al calificar el hecho atribuido, hasta el requerimiento referido inclusive, señaló siempre únicamente el art. 116, CC". Continúa afir-

mando que "[s]in argumento agregado alguno, y por el sólo motivo de haber imputado más conductas en contra de mi defendido —de manera sorpresiva— el fiscal allí actuante, también en afectación al derecho de defensa, aumentó irracionalmente el monto de pena exigido; ante ello el juez de grado arbitrariamente hizo lugar" (fs. 99).

Así las cosas, el agravio de la defensa no remite a una discusión en torno a la extensión de la garantía que invoca, sino a un cuestionamiento en torno al alcance de las afirmaciones efectuadas por el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de requerir la realización del juicio, y el encuadre jurídico que de los hechos allí descriptos realizaron los jueces de mérito. Los jueces de la Cámara consideraron que los hechos descriptos en el acto de requerimiento de elevación a juicio, luego transcriptos en las decisiones de mérito —a excepción de la conducta por la que la alzada absolvió al recurrente— encuadraban en las previsiones del art. 116 y 117, CC y entendieron, además, que el representante del MPF había mencionado la norma cuya aplicación la defensa cuestiona (el art. 117, CC) al requerir la elevación a juicio, tal como surge de la copia agregada a fs. 2. De allí que los jueces refieran que en el caso, lejos de ponerse en juego el derecho de defensa en juicio, se ha aplicado el principio *iura novit curia*.

Las argumentaciones de la defensa lejos están de demostrar que pueda ponerse en crisis la decisión que confirmó la condena impuesta en autos como un acto jurisdiccional válido. Máxime cuando en el requerimiento de juicio, que en copia obra a fs. 7, se describieron las circunstancias en las que diversos sujetos realizaron apuestas de quiniela en los locales cuya instalación también se imputara al condenado, con específicas referencias a su persona y a los verbos típicos a los que se refiere la defensa en su recurso de hecho y, además, de las constancias aportadas surge que durante el debate se produjo y alegó en torno a prueba vinculada con aquellos sucesos en particular.

Debe descartarse, entonces, la posibilidad de que la condena generara la "sorpresa" a la que se refiere el recurrente. En suma, la invocación del principio de congruencia derivado del derecho de defensa en juicio, efectuada en los términos genéricos que se han descripto, no resulta suficiente para constatar, en esta ocasión, la existencia de un genuino caso constitucional.

3. Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja interpuesta. En cuanto a la integración del depósito que reclama el rechazo de la queja, corresponde diferir su consideración a resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado a favor del señor Oniszczuk, según lo denuncia la recurrente a fs. 110.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 91/111 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La defensa no ha logrado, a pesar de la extensión de su escrito, descalificar de manera adecuada los motivos por los que la Sala I de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 92 y s.).

En ese sentido, la presentación directa se limita a profundizar los planteos efectuados con anterioridad en los recursos de apelación e inconstitucionalidad, pero sin rebatir argumentativamente las razones expuestas por la Cámara para denegar su recurso.

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 N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación—'", expte. n° 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 N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas 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. 189 bis, C.P.'", expte. n° 3562/04, resolución del 25/2/2005.

Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 91/111.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CCI

"BOICO, ROBERTO JOSÉ S/PEDIDO DE REVOCATORIA DE MANDATO"

REVOCATORIA DE MANDATO: Requisitos.
Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. La presentación no cumple acabadamente con la exigencia del art. 5º, inc. c de la ley 357, referida al carácter inequívoco de la causa o causas que fundan la petición de iniciar el trámite de revocatoria de mandato, porque no está suficientemente claro si la petición se funda simplemente en que el Jefe de Gobierno está procesado, o se trata de la índole de los delitos por los que está procesado, o se trata de la afectación que al ejercicio de sus funciones pueda ocasionar su procesamiento, o alguna otra hipótesis relacionada con lo allí reflexionado por el requirente, a lo que se suma que ni siquiera está individualizada la causa penal aludida ni el Tribunal cuenta formalmente con la resolución de la Cámara federal que menciona y cuyas frases presuntamente transcribe, extremos que no pueden considerarse suplidos por la "publicidad del tema" a la que refiere. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. No corresponde al Tribunal substituir al requirente de la apertura del trámite de revocatoria de mandato en su formulación "inequívoca", pues tal formulación debe ser lo suficientemente clara y precisa —para ser comprendida por los electores que avalarán con su firma el progreso del trámite— y concisa por elementales razones prácticas que saltan a la vista de la mera observación del diseño de la planilla pergeñada por el legislador. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAO n° 7471/10 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe, de los que

RESULTA:

La presentación de fs. 1/3 del Sr. Roberto José Boico, ratificada personalmente a fs. 8, promoviendo "proceso de revocatoria de mandato del Jefe de Gobierno, Ing. Mauricio Macri".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Tal como se expresó en los precedentes "Verazay, Irma Rosa y otro s/pedido de revocatoria de mandatos" (expte. n° 1698/02, resolución del 16/10/2002),

y "Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandato" (expte. n° 3764/05), el art. 67 de la CCBA y su ley reglamentaria 357 condicionan la admisibilidad de la petición para abrir el "trámite preparatorio de la petición de revocatoria" (art. 6° de la ley cit.) a varios requisitos cuyo cumplimiento debe controlar el Tribunal, a saber:

a) Las exigencias formales de firma, aclaración, denuncia de domicilio e indicación del número de documento cívico, verificadas en el *sub examine* en la presentación del señor Boico y su ratificación;

b) la calidad de elector de la Ciudad del presentante de la iniciativa, corroborada con la certificación de fs. 8);

c) funcionario cuyo mandato se cuestiona. En el caso el Jefe de Gobierno de la Ciudad, Sr. Mauricio Macri;

d) oportunidad en que se promueve la revocatoria (con posterioridad al año de gobierno y antes de los últimos seis meses de ejercicio del cargo), requisito cuyo cumplimiento es público y notorio; y

e) causa en que se funda la petición, que será analizada a continuación.

2. El art. 67 de la Constitución prescribe —en su primer párrafo—que "el electorado tiene derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño...". Dicha exigencia de fundamentación es reiterada en términos idénticos en el art. 4°, inc. c, de la ley 357 y complementada en el art. 5°, b, de la misma ley, que exige al presentante "Señalar las causas por las que se solicita la revocatoria, que deben expresarse inequívocamente".

En su presentación de fs. 1/3, en el acápite "*2.* Hechos" el peticionario refiere "la reciente confirmación del procesamiento del Sr. Jefe de Gobierno [...] por parte de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal —Sala II [...] en calidad de coautor penalmente responsable de los delitos previstos en los arts. 153 (redacción ley 23.077), 248 y 293, en concurso real con el delito previsto en los arts. 153 incs. 2° y 4° y 293 del código de fondo. Asimismo, ambos concurren materialmente con el delito de asociación ilícita en calidad de miembro, figura prevista en el art. 210 del C.P. de la Nación (arts. 306, 310 y concs. del CPPN y arts. 45, 54 y 55 del C.P.)".

Alude a continuación que la "publicidad del tema" lo exime "de mayor desarrollo del mismo" y señala que "se debe estar a la gravísima situación institucional que se desprende de la situación procesal actual del Jefe de Gobierno, extremo que cobra relevancia al haberse pretendido constituir un sistema de inteligencia paraestatal según los términos de la resolución de Cámara de público conocimiento".

Finalmente, en los tres párrafos finales del acápite en examen reflexiona acerca de expresiones que habría vertido la "Cámara Federal" que destaca con comillas.

Toda esta reseña permite advertir que la presentación del Sr. Boico no cumple acabadamente con la exigencia del art. 5º, inc. c, referida al carácter inequívoco de la causa o causas que fundan la petición de iniciar el trámite en análisis, porque no está suficientemente claro si la petición se funda simplemente en que el Jefe de

Gobierno está procesado, o se trata de la índole de los delitos por los que está procesado, o se trata de la afectación que al ejercicio de sus funciones pueda ocasionar su procesamiento, o alguna otra hipótesis relacionada con lo allí reflexionado por el requirente, a lo que se suma que ni siquiera está individualizada la causa penal aludida ni el Tribunal cuenta formalmente con la resolución de la Cámara federal que menciona y cuyas frases presuntamente transcribe, extremos que no puede considerarse suplidos por la "publicidad del tema" a la que refiere.

3. La deficiencia expuesta cobra mayor relevancia si se advierte que, al resolver la apertura del trámite, el Tribunal debe comenzar a entregar al peticionario las planillas foliadas en las que se debe asentar las firmas del 20 % de los electores de la Ciudad, planillas en cuyo diseño incluido por el legislador en el anexo I de la ley 357 se prevé la inserción de "la causal de la revocatoria", y tanto no corresponde al Tribunal substituir al requirente de la apertura del trámite en su formulación "inequívoca", como que tal formulación debe ser lo suficientemente clara y precisa —para ser comprendida por los electores que avalarán con su firma el progreso del trámite— y concisa por elementales razones prácticas que saltan a la vista de la mera observación del diseño de la planilla pergeñada por el legislador.

4. Por todo lo expuesto soy de opinión que resulta pertinente otorgar al presentante un plazo de tres (3) días para que reformule la "causal de revocatoria" y la ajuste a los parámetros indicados en este voto, bajo apercibimiento de rechazar su petición sin más trámite.

Los jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

Adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez José O. Casás dijo:

A tenor de lo dispuesto por el art. 67 de la CCBA y los arts. 4° inc. c) y 6° inc. b), de la ley 357, el requerimiento de revocatoria de mandato debe fundarse en "causas atinentes al desempeño" del funcionario electivo involucrado. Estos motivos deben expresarse en forma breve y clara, "inequívocamente", según la terminología adoptada por la ley de mención, para ser comprendidos por los electores de la Ciudad a partir de su inclusión en un acotado espacio en las respectivas planillas de recolección de firmas que, eventualmente, deberían completarse (conf. Anexo I, ley 357).

El ordenamiento vigente, además, coloca dicha tarea de identificación de las "causales de revocatoria", de manera exclusiva, en cabeza de la parte interesada en impulsar la petición, por lo que no corresponde que este Tribunal sintetice o interprete su intención, tal como lo indica en su voto mi colega la doctora Ana María Conde, cuyos términos comparto, en tanto propician que el Sr. Boico *precise las causales de revocatoria* que lo llevan a impulsar el procedimiento en el plazo de tres (3) días.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Intimar* al Sr. Roberto José Boico a que, en el plazo de tres (3) días, reformule la causal de revocatoria y la ajuste a los parámetros indicados en el voto de la jueza Ana María Conde, bajo apercibimiento de rechazar su presentación sin más trámite.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique. La notificación se efectuará con carácter urgente y en el día, con habilitación de horas inhábiles.

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

CCII

"PODER EJECUTIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/CONFLICTO DE PODERES" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 7046/10 "PODER LEGISLATIVO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/CONFLICTO DE PODERES"

CONFLICTO DE PODERES: Naturaleza y caracteres. Competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia. *Per saltum*. DESIGNACIÓN DE JUEZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Acto complejo. Atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Inmunidad del legislador. Participación ciudadana. MEDIDAS CAUTELARES: Intervención prematura del Poder Judicial. Allanamiento de la Legislatura. SISTEMA REPUBLICANO: Principio de división de poderes. CONTROL JUDICIAL: Acto definitivo.

SUMARIOS:

1. El conflicto de poderes se funda en la obstrucción de las competencias propias y exclusivas de uno de los poderes del Estado, por parte de otro poder, que, con su accionar, interfiere en el ámbito del primero turbando el ejercicio autónomo de sus potestades. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. En el conflicto de poderes la única pretensión posible es la preservación de un ámbito de actuación atribuido constitucionalmente a un poder del Estado, y su fin debe estar dirigido a garantizar al poder reclamante el ejercicio pleno y sin interferencias, de sus facultades propias, razón por la cual los expedientes requeridos por el Tribunal al momento de adoptar la decisión cautelar, lo fueron al solo efecto de tomar conocimiento de lo allí dispuesto, y prontamente fueron restituidos a sus

respectivos juzgados pues ninguna intervención le corresponde a este Tribunal por esta vía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. En el conflicto de poderes la acción debe ser planteada por alguno de los tres poderes del Estado contra otro de ellos, siendo preciso que quien denuncia no cuente con facultades propias para hacer respetar su ámbito de competencia (art. 12, ley 402). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La Legislatura pudo avanzar con los trámites de designación de la candidata a jueza del Tribunal Superior de Justicia y celebrar la audiencia pública prevista en la ley, sin que existieran dudas u objeciones en su ejecución, porque este Tribunal suspendió las medidas cautelares que ordenaban no seguir adelante con el procedimiento de designación, y la decisión de no someter a votación del Cuerpo el pliego de la candidata o postergar la oportunidad para hacerlo es una opción que corresponde al Poder Legislativo y que es ajena a cualquier otro órgano ponderar por fuera de las previsiones constitucionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El conflicto de apoderes puede involucrar —tanto activa como pasivamente— a cualquiera de los tres poderes del Estado de la Ciudad y, cuando uno de ellos resulta ser el Poder Judicial, no se identifica con las causas judiciales en trámite ante los tribunales de primera y segunda instancia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La falta de identificación con cualquier causa judicial que tramite ante los tribunales es precisamente el motivo por el cual el proceso de conflicto de poderes puede tener andamiento con prescindencia de que la normativa de rito correspondiente a los trámites judiciales que le han dado origen, tenga previstas vías para discutir las medidas adoptadas por el o los órganos jurisdiccionales ante los cuales se desarrollan, ello tanto desde el punto de vista formal —el conflicto de poderes está previsto en la Constitución y en la ley—, como sustancial, en razón de la trascendencia institucional que tiene la vulneración de la división de poderes, piedra basal del sistema republicano. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Sólo el TSJBA puede dilucidar la cuestión trabada entre órganos que se atribuyen competencias incompatibles, pues no existe en la Ciudad autoridad alguna —judicial o de otro tipo— que pueda arrogarse legitimidad para resolver tal disputa, y ello por cuanto es la Carta Magna local la que ha establecido, en forma expresa y categórica, en su art. 113 inc. 1°, la competencia de este Tribunal Superior, razón por la cual es inconsistente el argumento que intenta, sin lograrlo, asimilar el conflicto de poderes a un "salto de instancia" en alguna de las causas judiciales en trámite. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. El procedimiento de designación de jueces del TSJBA —como en el orden nacional el de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— está diseñado en la Constitución de la Ciudad como un trámite complejo, en el que intervienen necesariamente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, de modo que la competencia constitucional acordada al Poder Ejecutivo de "proponer" atañe tanto a la facultad de efectuar la propuesta de designación como a la atribución de que ella sea aceptada o rechazada por la Legislatura, lo que excluye, por principio, toda posibilidad de que algún otro órgano o poder pueda interferir en ese cometido. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Ello es suficiente para fundamentar tanto la legitimación activa del Poder Ejecutivo en el *sub examine*, como la cautelar decidida por este Tribunal, y enervar los cuestionamientos que se hicieron al respecto pues, ejercida la facultad del Poder Ejecutivo de proponer un candidato a juez del Tribunal Superior de Justicia, ella encerraba la atribución o derecho a que fuera sometida a consideración de la Legislatura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. En atención a la competencia de la Legislatura para tratar —y aceptar o rechazar— o eventualmente no tratar, la propuesta efectuada por el Ejecutivo para cubrir el cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, cualquier decisión que no sea suya que le impida la posibilidad de pronunciarse sobre una propuesta de designación efectuada por el Poder Ejecutivo, da suficiente sustento a la legitimación activa de la Legislatura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. El proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia tiene, en la Ciudad de Buenos Aires, una regulación constitucional propia, acorde con su naturaleza institucional, situación que determina que la competencia establecida no pueda ser alterada, modificada o soslayada en ningún supuesto, ni subordinada al cumplimiento de recaudos emanados de una normativa inferior, y el dec. 1620/03 sólo está destinado a complementar esa atribución en aspectos operativos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. El curso del procedimiento constitucional de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia no puede detenerse por actos emanados de otro poder, ni por acciones judiciales instadas por particulares durante el período de actuación atribuido a cada órgano específico. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. El lugar y oportunidad para plantear las supuestas irregularidades u objeciones sobre la candidata a jueza del Tribunal Superior de Justicia propuesta por el Poder Ejecutivo era el determinado en el art. 3° del dec. 1620/03, en el cual sí se prevé una instancia participativa de la comunidad en el futuro nombramiento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. Siendo explícito el texto constitucional, la normativa inferior no puede sino adecuarse a ella, por lo que el dec. 1620/03 prevé la participación de la comunidad en el procedimiento de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia dentro de la etapa correspondiente al Poder Ejecutivo, y deja a salvo las atribuciones del Legislativo a quien, si decide sostener la candidatura, le remite la propuesta "con todo lo actuado". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. En el procedimiento de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia, en la etapa que se desarrolla en la Legislatura, se encuentra contemplada la posibilidad de participación ciudadana y, tal fin, es preciso convocar, ineludiblemente, a una audiencia pública prevista en la ley 6 (en especial, arts. 21 a 33), en cuyo marco se efectuaron y consideraron las observaciones e impugnaciones a la candidata propuesta, aunque de la transcripción de la citada audiencia no surge que hubieran participado los ciudadanos que se presentaron en sede judicial denunciando irregularidades en el trámite, con la excepción de uno de ellos, quien en la audiencia se limitó a expresar genéricamente su desacuerdo con la continuación del procedimiento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. Una vez concluido el procedimiento complejo con el acto de designación del candidato a juez del Tribunal Superior de Justicia, éste, al igual que todo acto emanado de un poder del Estado, puede ser objeto de conocimiento judicial a los efectos de eventuales deficiencias procedimentales que puedan afectar preceptos constitucionales, y siempre que se verifique un caso, causa o controversia que, *sine qua non*, debe tener como sustento a uno o más sujetos con la legitimación suficiente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. Si estaba en pleno desarrollo el proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia previsto en los arts. 104, inc. 5° y 111, CCBA, los jueces que conocieron de las causas judiciales debieron haberse abstenido de adoptar decisiones que importaban dejar de lado atribuciones originarias y privativas de los otros dos poderes, en tanto no hubieran sido plenamente ejercidas o satisfechas, pues es regla convalidada por la jurisprudencia la de no interferir en el ejercicio de facultades privativas de un poder del Estado cuando están en pleno desarrollo y no se han completado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. La designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia puede ser cuestionada *a posteriori* cuando se aparta de las normas constitucionales y cuando quien ejerce la acción está legitimado porque tiene un derecho subjetivo afectado, y la intervención del ciudadano se limita al momento de efectuar las impugnaciones, siendo sus representantes, los legisladores quienes, mediante una mayoría calificada admitirán, rechazarán el pliego o decidirán no tratarlo, de modo que la participación ciudadana —directa o indirectamente— está garantizada en todo el proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. Encontrándose en curso el trámite de designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo para ser designada jueza del Tribunal Superior de Justicia local, distintas medidas judiciales cautelares ordenaron la suspensión del procedimiento legislativo, a lo que se opusieron la voluntad de la Legislatura de continuarlo, y la del Ejecutivo —que no retiró la propuesta—, con lo cual quedó trabado el conflicto de poderes al resultar incompatible la actuación legislativa prevista en la Constitución con las órdenes judiciales que pretendían impedirla en forma manifiestamente abusiva, como lo fue disponer el allanamiento de la sede del Poder Legislativo local y el secuestro del expediente de designación y de otra documentación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

20. La introducción de cuestiones operativas o de forma para impugnar un proceso de designación de un juez del Máximo Tribunal de la Ciudad (en pleno desarrollo o inconcluso) o una candidatura, y la adopción de medidas judiciales que ordenan interrumpir el trámite, implican tanto como desconocer que la Constitución de la Ciudad atribuye —en forma excluyente— el desarrollo y tramitación de esa designación a dos órganos específicos, en la instancia preliminar el Jefe de Gobierno y posteriormente, el Cuerpo legislativo, y la pretensión de bloquear el sistema establecido constitucionalmente, como lo han hecho las resoluciones dictadas por los jueces intervinientes en las causas judiciales implica una interferencia ilegítima en la independencia y autonomía de los órganos Legislativo y Ejecutivo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

21. El art. 78 de la CCBA establece a favor de los legisladores un privilegio expreso al señalar 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, circunstancia que implica que tanto sus opiniones como sus votos se encuentran protegidos de cualquier injerencia, incluida la de los jueces, privilegio que alcanza a la Legislatura como cuerpo, y que fue afectado por las medidas decretadas por los jueces contra la Legislatura, que determinaron que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo introdujeran el conflicto de poderes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

22. Las diversas medidas judiciales cuestionadas tuvieron como fin o como efecto avasallar la inmunidad funcional del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo en la designación de un juez para cubrir la vacante en el tribunal Superior de Justicia, por medio de una intervención judicial prematura y sin justificación, claramente inconstitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

23. El conflicto de poderes previsto en el inc. 1º del art. 113 de la CCBA se configura cuando las medidas emanadas de distintos poderes organizados por la CCBA no pueden ser ejecutadas simultáneamente por interferir las unas con las otras. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

24. En el conflicto de poderes, cuando participa el Poder Judicial no debe perderse de vista que es misión de ese Poder resguardar situaciones protegidas por el ordenamiento y, en ese ámbito, sus decisiones pueden tener impacto sobre medidas dispuestas por los otros poderes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

25. El proceso previsto en el inc. 1º del art. 113 de la CCBA no está orientado, ni tiene por objeto principal, lograr la revisión de pronunciamientos judiciales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

26. El eje del conflicto de poderes consiste primariamente en superar la imposibilidad de ejecución de medidas emanadas de diversos poderes del Estado que se frustran mutuamente; no, en cambio, en una avocación para dirimir controversias que estén siendo objeto de un proceso judicial, de modo que no se trata aquí de disponer enteramente de los expedientes en que las medidas fueron dictadas sino tan sólo de examinar estas medidas en lo imprescindible para resolver si pudieron interferir del modo en que lo hicieron, por una parte, con la actividad legislativa, y por otra, con la ejecutiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

27. El orden constitucional pone al juez al abrigo de cualquier evaluación política de su desempeño, ni lo somete a periódicos comicios ni el proceso de remoción puede estar fundado en consideraciones acerca del mérito político de sus decisiones, precisamente, porque la Constitución no lo concibe asumiendo responsabilidades políticas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

28. La avocación de la CSJN a la resolución de causas pendientes sorteando a los órganos permanentes del Poder Judicial competentes para intervenir en ellas mereció serias críticas en nuestro medio, pues esa intervención no está prevista en el orden procesal federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

29. A diferencia de lo que sucede en nuestro orden federal, tanto en los EE.UU., como en la Ciudad de Buenos Aires, existen previsiones normativas que dan lugar a la intervención del máximo tribunal, aunque por distintos mecanismos y con distintas características en cada jurisdicción, mediante el *per saltum* en el

primero y mediante el conflicto de poderes en el ordenamiento local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

30. Las diversas medidas cautelares que ordenaron suspender el procedimiento de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia, cuanto menos, impidieron que el Poder Ejecutivo pudiera ver analizada su propuesta por el órgano constitucionalmente encargado de prestar el acuerdo para ese cargo y obstaculizaron así, de un modo que los órganos interferidos no pueden superar por sí, su posibilidad de contribuir, cada uno de ellos conforme lo establece la CCBA, a tal designación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

31. Los pronunciamientos cautelares impidieron al Poder Legislativo avanzar con libertad de espíritu con el procedimiento de selección en orden a expedirse acerca del acuerdo requerido por el Ejecutivo para cubrir una vacante en el TSJBA, y el cumplimiento simultáneo de las medidas dispuestas por los diversos órganos del Estado resultaba imposible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

32. El Poder encargado de nominar a un candidato a juez del Tribunal Superior de Justicia lo hizo, y el responsable de aprobar o no esa nominación concluyó el trámite para ponerse en condiciones de expedir o denegar el acuerdo, cumpliendo con la etapa de intervención propia de la Junta de Ética así como la convocatoria a la audiencia pública prevista por el art. 111 de la CCBA, pero los diversos pronunciamientos judiciales sustanciados resolvieron suspender el procedimiento de designación, con lo que impedían que los legisladores brindaran o no, a través de su voto, acuerdo a la candidata propuesta, así como que el Poder Ejecutivo quedara en condiciones de designar o nominar nuevamente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

33. La circunstancia de que la controversia debe versar acerca de la existencia y alcance de derechos (modernamente el campo de los derechos se ha ampliado hacia el que ocupaban los intereses legítimos o aun los simples, aumentando por esa vía la tutela judicial de las situaciones individuales) conlleva que la materia de la que el juez dispone en la sentencia son derechos investidos en los particulares, no, en cambio, medidas de poder público cuyo ejercicio es privativo de los otros dos poderes del Estado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

34. El mecanismo por medio del cual el legislador traslada la decisión final al juez es el reconocimiento de un derecho, subjetivo o de incidencia colectiva, a las personas, y el límite está en que no puede reconocer derechos que supongan modificar las competencias distribuidas por la Constitución, válido para todos los poderes, pues así como el Poder Legislativo no puede despojar al Poder Ejecutivo ni a sí mismo de aquello de lo que la Constitución los inviste, tampoco pueden quitarlo a los jueces. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

35. El control judicial es una modalidad de examen que no se denomina judicial simplemente porque está a cargo de jueces, sino que este atributo apunta preferentemente al alcance que puede tener dicho examen. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

36. Los jueces obran dentro del marco que les brinda una situación subjetiva —titularidad de un derecho subjetivo o de incidencia colectiva o un interés al que la ley brinda protección de índole judicial— cuya tutela les encomiendan el legislador

o el constituyente, siendo su misión restablecer el derecho o el interés tutelado por las vías que dispone el legislador. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

37. Reconocer que la nominación, aprobación y posterior designación de un juez de este Tribunal son cuestiones que la CCBA encarga al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, basta para entender que esas atribuciones están protegidas por la inmunidad que el constituyente asignó a esos poderes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

38. Dentro de las medidas judiciales que impactan manifiestamente en las esferas de los poderes Legislativo y Ejecutivo, la que lo hizo de modo más intenso y estridente fue la ordenada en el expediente "Berner", que llevó por delante la inmunidad que garantiza el art. 78 de la CCBA a los legisladores al buscar someterlos a un proceso por no acatar una orden judicial inconstitucional, pues implicó en sí una advertencia acerca del riesgo que corrían por votar o aun por desarrollar un trámite previo a la consideración por la asamblea en su conjunto, siendo su fin confeso evitar que el voto fuera emitido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

39. En tanto las medidas cautelares de los expedientes judiciales persiguen impedir que el Poder Ejecutivo tome una decisión dentro de sus atribuciones, ellas no constituye un control judicial al producto del proceso administrativo sino un obstáculo a dicho proceso, pues vinieron a impedir no los efectos de un acto de la Legislatura sino la adopción misma de una decisión. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

40. La intervención judicial hizo caso omiso del deber de respetar el desarrollo de las funciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo sin siquiera preguntarse por la división de poderes y la posibilidad de desarrollar lo que entendieron competencia judicial de un modo que no interfiriera con la actividad de los otros órganos, circunstancia que basta para establecer la inconstitucionalidad de los actos de ejecución que ocasionaron el conflicto de poderes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

41. Si bien la Constitución de la Ciudad no impuso plazos al Poder Ejecutivo para formular su postulación al cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, está claro que el cargo está para ser cubierto o, que el Tribunal debe estar integrado por cinco miembros, situación que no puede ser modificada por decreto, por lo que cualquier disposición contenida en norma de esta jerarquía debe ser interpretada en armonía con la CCBA, que en particular, no contempla expresamente derechos de las personas a instar acciones contra una designación de esta especie. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

42. La candidata a jueza del Tribunal Superior de Justicia cuya postulación se analiza en los expedientes judiciales en trámite no ha sido citada en ninguno de los procesos en cuyo marco fueron dictadas las medidas cuestionadas por el Poder Ejecutivo y la Legislatura, no obstante la evidente repercusión que las medidas tienen en la esfera de sus derechos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

43. El requisito relativo a la definitividad del acto no podría estimarse sorteado con base en la regla según la cual en el proceso de amparo no es exigible el agotamiento de la vía administrativa, porque el agotamiento se refiere a la carga de utilizar los posibles controles administrativos de actos definitivos antes de acudir a la vía judicial, lo que presupone la existencia del acto controlable, y lo que cabe

soslayar en las situaciones que dan ocasión al amparo es la exigencia de confiar el más inmediato remedio de una actuación de la administración a ella misma, pero, no la de requerir que haya actuado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

44. Las selecciones del Consejo de la Magistratura, tanto de la Nación como de la Ciudad, responden a la matriz propia de un acto administrativo predominantemente reglado según condice con la circunstancia de ser dictado por un órgano que no representa la voluntad del Pueblo, y su actuación está sujeta a un control judicial de legitimidad, a pedido de parte legitimada con interés jurídico suficiente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

45. El Consejo de la Magistratura, en cualquiera de las jurisdicciones nacional o de la Ciudad, debe observar las reglas de los concursos, y dirigir sus acciones a seleccionar a quien muestre el mayor mérito, las pruebas son de oposición entre competidores y, como lo evidencian los precedentes judiciales invocados, son los competidores que se estimaron ilegítimamente postergados quienes promueven la impugnación de lo actuado, situación diferente del caso que nos ocupa, que está instado por quienes no invocan un derecho fundado en la CCBA sino en uno que derivan de un decreto, cuya posibilidad de limitar un procedimiento reglado en la Constitución de la CABA no puede darse por descontada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

46. A los efectos de la designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia, no está previsto en la CABA un procedimiento de oposición sino una decisión discrecional del Poder Ejecutivo seguida de una no menos discrecional de la Legislatura, ni tampoco está previsto un concurso, de modo que la impugnación no está instada por la candidata sino por quien está en la situación de cualquier habitante o más bien de un "proto ciudadano" a quien se le otorga una capacidad de veto que no tiene el resto y que viene a detener la acción del órgano depositario de la voluntad popular, es decir en la práctica, un súper ciudadano cuya voluntad vale más que la del conjunto expresada por la Legislatura. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

47. Debió establecerse si, conforme la CCBA, el ámbito de atribuciones propio de los legisladores en ejercicio y el que corresponde a los diputados electos, encontraba adecuada reglamentación en las previsiones del dec. 1620/03, invocadas por los diputados en el expediente "García Tuñón" o, si se prefiere, establecerse si el alcance conferido a esas previsiones dispuestas por el Poder Ejecutivo modificaba el modo en que el constituyente asegura a la Legislatura el ejercicio de sus competencias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

48. Las medidas judiciales que bajo la modalidad cautelar impiden el ejercicio de las potestades conferidas al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en el procedimiento constitucional de designación de un juez del TSJBA no pueden ser ejecutadas, pues su cumplimiento desconoce inmunidades reconocidas por la CCBA, impacta directamente sobre competencias privativas de las ramas de gobierno que promovieron este conflicto y, además, lo hace antes de que ellas hubieran podido cristalizar el resultado que les es propio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

49. La doctrina define al conflicto de poderes como aquella situación que surge como consecuencia de la extralimitación de uno de los poderes del Estado, que directa o indirectamente invade la esfera constitucional o legalmente reservada a

otro, o que impide el ejercicio de sus atribuciones; y que el órgano interferido quiera rechazarla. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

50. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires atiende al conflicto de poderes de modo específico, establece un órgano propio para dirimirlo y, a nivel legislativo, regula el trámite procesal para encauzarlo, dirigido a asegurar la supremacía constitucional, y en el art. 113 inc. 1° CABA dispone que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer de él originaria y exclusivamente. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

51. La ley 402 prevé que cuando alguno de los tres poderes del Estado considere que otro poder se arroga atribuciones o competencias que le son propias o se las desconoce por acción u omisión puede promover demanda ante este Tribunal (art. 11), aunque establece una limitación, consistente en que ella solo puede plantearse cuando el accionante no cuente con suficientes facultades propias para hacer respetar su ámbito de competencia (art. 12). *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

52. Queda sin asidero toda referencia al *per saltum* —propio de otras jurisdicciones— y la cita que a esos fines se invoca de fallos de la CSJN atinentes al ámbito nacional, en la medida en que en el ámbito local es la propia Constitución de la Ciudad la que determina la intervención del Tribunal Superior en estos supuestos, y justamente por hallarse prevista como una competencia originaria, privativa y excluyente, no corresponde que esta cuestión sea resuelta a través de vías recursivas y luego de la participación de instancias jurisdiccionales anteriores. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

53. La intervención de este Tribunal debe limitarse al análisis de los actos que han sido denunciados como obstructivos de la competencia de otro poder, sin decidir las cuestiones propias de aquellos procesos, pues el objeto del presente es delimitar las atribuciones de los poderes y no resolver acerca de derechos subjetivos individuales. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

54. Este tipo de demandas por conflicto de poderes tienden a preservar el ejercicio de las funciones propias de cada uno de los poderes establecidos constitucionalmente, lo que es coherente con la doctrina de división de poderes cuyo fundamento radica en asegurar el normal desarrollo de las instituciones establecidas en la Constitución local. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

55. El principio de división de poderes no solo establece la existencia de compartimentos funcionales estancos, en los que un poder del Estado se vea impedido de asumir las funciones asignadas a otro, sino además la creación de un sistema en el que cada poder posee facultades de control o de conformación de los restantes, y ha sido denominado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente el sistema de “pesos y contrapesos”, cuyo objeto es evitar las excesivas concentraciones de autoridad y poder en ciertos órganos y proteger los derechos de los individuos. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

56. El proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia importa un acto de los denominados complejos, en el que la selección de los candidatos y su nombramiento, en las distintas etapas ha sido confiado a los poderes Ejecutivo y Legislativo, siendo, en principio, ajena la intervención del Poder Judicial,

circunstancia que no implica que dicho poder no pueda ejercer control alguno sobre la actividad privativa de aquellos poderes, ni tampoco que tal control resulte ilimitado. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

57. El Poder Judicial tiene a su cargo no solo el ejercicio de la función jurisdiccional, sino el papel de control de constitucionalidad de normas y actos de los otros poderes, el que se ejerce dentro del ámbito de aquella función y en un caso concreto. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

58. La oportunidad en que el Poder Judicial puede controlar los actos inherentes al ejercicio de facultades privativas procede luego de la intervención de los órganos que tienen a su cargo la respectiva función, es decir que son revisables aquéllos que revistan el carácter de definitivos o equiparables. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

59. Los pronunciamientos judiciales en los expedientes "Grodnitzky", "Cabrera" y "Berner" resultan claramente prematuros, pues en los casos en los que se encuentran cuestionados actos de competencia privativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo locales, solo las decisiones definitivas o equiparables resultarían susceptibles de revisión judicial, pues no solo las presuntas irregularidades podrían ser eventualmente saneadas durante el proceso de designación previsto y por el órgano encargado de su desarrollo, sino también tornarse abstractas de acuerdo al resultado de la decisión que se adopte. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

60. Tratándose la designación de un juez del Tribunal Superior de una cuestión privativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en sus diferentes tramos, y siendo este último el que debía expedirse acerca de la aprobación del pliego de la candidata remitido por el Jefe de Gobierno, es en el seno de dicho poder donde debe efectuarse, en primer término, el control del trámite, mas no se ha dado ocasión a ello por una intervención anticipada de la jurisdicción. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

61. El argumento sustentado en que el control de carácter preventivo existe legislado en el amparo no resulta suficiente a fin de justificar en el caso un control anticipado, pues no explica las razones por las cuales tal circunstancia habilitaría a alterar o dejar de lado el principio de división de poderes, base de la forma republicana de gobierno. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

62. Dada la oportunidad en que pretendió efectuarse el control judicial en los expedientes judiciales, ha existido una intervención en una atribución privativa de otro órgano de poder, pues enviado el pliego a la Legislatura, no era viable suspender judicialmente el trámite de designación de la candidata a jueza del Tribunal Superior de Justicia en la etapa en la que transcurría en virtud de que solo a aquélla le cabía decidir aprobarlo o no y, eventualmente, resolver los cuestionamientos, si ellos fueren formulados en las oportunidades legalmente previstas ante dicho organismo, pues la Legislatura tiene a su cargo un control amplio, que reposa en la asunción de un sistema democrático y participativo. *(Voto de la señora jueza Elizabeth A. Marum).*

63. El conflicto de poderes entendido como el específico cauce que tiene por objeto principal la reivindicación de una atribución asignada directamente por la Constitución o por la ley, planteado por alguno de los poderes del Estado como

consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional que la usurpan o le impiden ejercerla, tiene en la Ciudad expresa raíz constitucional a partir del texto del art. 113, inc. 1°, CCBA, y el plexo normativo que reglamenta ese proceso se completa con las previsiones de la ley 7 y, en su faz adjetiva, con las de la ley 402, que establece que el conflicto puede involucrar a cualquiera de los tres poderes del Estado (art. 11), es decir que el Poder Judicial no está excluido. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

64. El conflicto de poderes no se da sólo cuando un poder se arroga una competencia asignada a otro, sino también cuando un poder interfiere indebidamente en el ámbito de competencias privativas de otro aunque no asuma su ejercicio, de modo que la colisión abarca tanto la invasión como la interferencia u obstaculización del ejercicio de las competencias asignadas por la CCBA a cada uno de los poderes el Estado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

65. Si bien un desborde en detrimento de facultades de otros poderes no es lo previsible en un juez, en las excepcionales oportunidades en que ocurre, tiene más probabilidades de darse, precisamente, en el marco de procesos judiciales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

66. Cabe remarcar la importancia que tiene la herramienta constitucional que se habilita a través del art. 113, inc. 1º, de la Carta Magna local, como un instrumento de salvaguarda y garantía institucional para preservar la separación de poderes —esencia de la forma republicana de gobierno, que subyace como presupuesto de la autonomía del Gobierno de la Ciudad Autónoma, a partir de la exigencia imperativa contenida en el art. 5º de la Constitución federal—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

67. Cuando el conflicto de poderes se traba con el Poder Judicial puede ocurrir que sea por una actuación institucional del órgano que lo representa de ordinario (Consejo de la Magistratura) o por la actividad de alguno de los jueces unipersonales o tribunales colegiados que lo integran, ya que de acuerdo con la Constitución local cada juez unipersonal o tribunal colegiado titulariza el Poder Judicial —a diferencia de los restantes departamentos del Gobierno, ya que en el ámbito Legislativo el poder no lo ejerce singularmente cada legislador sino el Cuerpo, y el Poder Ejecutivo tiene un diseño unipersonal cuyo titular y responsable es el Jefe de Gobierno—, por lo que si la decisión de un juez es considerada lesiva de sus atribuciones por la Legislatura o por el Jefe de Gobierno se plantea un conflicto entre quienes titularizan —a estos efectos— distintos poderes. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

68. Las medidas judiciales y los actos que reivindican el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia no pueden ser cumplidos de modo simultáneo pues su contenido lleva a que la ejecución de unas importe inexorablemente la frustración de los otros, circunstancia en la que se aprecia el núcleo de un conflicto de poderes. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

69. A partir de las alegaciones formuladas por el Poder Ejecutivo y la Legislatura que se orientan a señalar la indebida interferencia en sus competencias privativas generada por ciertas medidas judiciales tomadas en distintos expedientes, el ejercicio de la competencia originaria, exclusiva y excluyente del Tribunal Superior de Justicia

prevista en el art. 113, inc. 1°, de la CCBA no importa sustraer el conocimiento aquellos asuntos que se ventilan ante los tribunales de mérito de sus jueces naturales, para ejercerlo por el Tribunal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

70. Nada corresponde decidir sobre las pretensiones planteadas en los expedientes que originaron la denuncia, de modo que el Tribunal debe limitarse a determinar si la función jurisdiccional ha sido ejercida con interferencia de competencias propias del poder que acusa el conflicto de poderes, y a dictar, en su caso, las medidas que autoriza la ley reglamentaria para restituir a su cauce constitucional el ejercicio de las facultades que pudieran estar afectadas (art. 13 de la ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

71. Los jueces de primera instancia han sido convocados en su carácter de órgano institución y no como titulares de derechos subjetivos y su intervención al convocárselos a contestar la demanda del conflicto de poderes introducida por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, tiene su fundamento en la naturaleza de la cuestión, un conflicto de poderes, que, en definitiva, es un conflicto de competencias entre órganos públicos, como en la naturaleza de los órganos acusados de interferencia que, en cada sentencia que emiten, titularizan una decisión del Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

72. Pretender que la convocatoria a los jueces que dictaron las medidas cuestionadas por el Poder Ejecutivo y luego por el Poder Legislativo, para que defiendan la competencia que dichos poderes consideran exorbitada, puede afectar la inmunidad de jurisdicción o la independencia de la judicatura, importa tanto como excluir el conflicto de poderes —institución de raíz constitucional— en relación con el Poder Judicial. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

73. El trámite del conflicto de poderes no es un proceso judicial típico; y no hay manera de asimilar constitucionalmente el traslado conferido en un proceso de esta índole a una "molestia" por las resoluciones que el juez emita en el ejercicio de su función. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

74. La inmunidad de jurisdicción protege a los jueces de ser afectados en el normal desempeño de sus tareas pero no impide el control que los distintos órganos del Estado pueden ejercer mediante los procedimientos previstos a ese efecto, pues de lo contrario, con el pretexto de la alegada inmunidad, los órganos permanentes del Poder Judicial serían los únicos exentos de todo control dentro de la organización estatal o al menos de participar como demandados en un conflicto de poderes. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

75. En asuntos en los que corresponde expedirse acerca del alcance constitucional de las potestades de órganos públicos no se ponen en juego derechos subjetivos o intereses propios de quienes ejercen los cargos u órganos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

76. Los actores de aquellos expedientes en cuyo marco se adoptaron las medidas judiciales que el Poder Ejecutivo y la Legislatura consideran ilegítimas por invasivas no son ni pueden ser parte en el presente conflicto de poderes. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

77. Al debatirse competencias, es decir, algo indisponible para los amparistas que se presentaron por la vía del control difuso ante el fuero Contencioso Adminis-

trativo y Tributario y cuestionaron ciertos aspectos del procedimiento de designación impulsado por el Jefe de Gobierno para cubrir una vacante de juez en el Tribunal, no están en debate los derechos de los justiciables, pues estos, en tal supuesto, están en juego en expedientes en los que este Tribunal no interviene, de modo que las actuaciones (amparos) siguen en trámite ante los tribunales intervinientes y no han sido paralizadas por decisión de este estrado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

78. El impacto que esta sentencia recaída en un conflicto de poderes pudiera proyectar sobre los expedientes judiciales no legitima a los amparistas para asumir, ante este Tribunal, la defensa de las competencias ejercidas por el Poder Judicial que en modo alguno pueden representar. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

79. Dejando de lado la causa "García Tuñón" que ya ha finalizado con un pronunciamiento del juez de primera instancia que declaró extinguido el proceso, todas las restantes causas no producen efectos sobre el trámite enderezado a lograr la designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo, pura y exclusivamente, debido a la vigencia de la medida cautelar dictada por este Tribunal Superior de Justicia, de modo que el conflicto mantiene actualidad, ya que si esta medida precautoria dictada por el Tribunal cesara, el procedimiento de designación impulsado por el Sr. Jefe de Gobierno —que ya se encontraba en su etapa legislativa— se trabaría automáticamente por los efectos de las diversas cautelares dictadas por la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

80. En los términos en que se ha planteado el presente conflicto de poderes, si se constata la indebida interferencia del Poder Judicial en ámbitos privativos de los otros dos poderes del Estado, la decisión del Tribunal debe limitarse, simplemente, a dejar expedita la posibilidad del tratamiento de la propuesta del Poder Ejecutivo para cubrir la vacante de juez del Tribunal Superior de Justicia por parte de la Legislatura en condiciones tales que garanticen que ese trabajo se realice con plena libertad dentro del marco que fija el orden constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

81. Las diversas medidas cautelares que ordenaron suspender el procedimiento de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia, cuanto menos, impidieron que el Poder Ejecutivo pudiera ver analizada su propuesta por el órgano constitucionalmente encargado de prestar o denegar el acuerdo para el cargo y obstaculizaron así, de un modo que los órganos interferidos no pueden superar por sí, su posibilidad de contribuir, cada uno de ellos conforme lo establece la CCBA, a la designación de un juez de este estrado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

82. Los pronunciamientos cautelares impedían al Poder Legislativo avanzar con libertad con el procedimiento de designación en orden a brindar o no el acuerdo requerido por el Ejecutivo para cubrir una vacante en el Tribunal Superior de Justicia, de modo que el cumplimiento simultáneo de las medidas dispuestas por los diversos órganos del Estado resultaba imposible. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

83. El procedimiento establecido en la Constitución, como paso previo para que se emita el acto complejo de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia, es uno solo, aunque esté compuesto por distintas etapas sucesivas, sien-

do la propia Constitución la norma que establece sus rasgos esenciales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

84. Tanto el acto de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia que debe emitir el Poder Ejecutivo como el procedimiento que lo precede en los términos previstos por la Constitución pueden dar lugar, llegado el caso, a cuestiones justiciables, es decir, sujetas al control del Poder Judicial, en tanto se observe el marco elemental que fija el art. 106 de la CCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

85. La Constitución, para garantizar el principio de división de poderes bajo el diseño de frenos y contrapesos básico para la vigencia del sistema republicano, consagra el control de la constitucionalidad de las leyes y los actos emanados de los poderes públicos en el marco de un "caso judicial" instado por parte legitimada al efecto según las previsiones que el propio ordenamiento jurídico establece, mas no autoriza a los jueces para interferir y mucho menos impedir la interacción institucional que por mandato constitucional deciden encarar los poderes políticos del Estado en ejercicio de sus competencias privativas para cumplir con los objetivos que el poder constituyente les ha encomendado y emitir así una decisión determinada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

86. Las medidas cautelares no buscaron impedir que el trámite que se pretendía controlar —por estimarse viciado por razones de ilegitimidad— produjera efectos jurídicos definitivos o de imposible o difícil reparación ulterior respecto de los derechos invocados por los vecinos de la Ciudad que se presentaron ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, sino que, lisa y llanamente, intentaron abortar por completo su continuación cuando ya estaba en pleno desarrollo la etapa legislativa del proceso en una instancia preparatoria, tendiente a la designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

87. Al ocluir la posibilidad de tratamiento de la propuesta formulada por el Poder Ejecutivo a la Legislatura no sólo se impidió que el proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia se desarrollara de conformidad con las previsiones constitucionales expresas que lo rigen sino que, paradójicamente, se impidió cualquier posibilidad de que el propio Poder Legislativo pudiera, en el momento oportuno, considerar siquiera las objeciones que se levantaban contra la etapa inicial del trámite desarrollado ante el Poder Ejecutivo y eventualmente hacerlas suyas para pedir a quien corresponda las explicaciones del caso o incluso decidir rechazar la propuesta formulada, con lo cual, en el último de los supuestos, todos los planteos judiciales que generaron las medidas cautelares habrían devenido abstractos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

88. Pese a las claras directrices que surgen del ordenamiento jurídico vigente y que de manera específica están destinadas a garantizar una instancia de deliberación participativa plena en el ámbito natural de discusión de los temas relevantes para la vida institucional de un Estado y la de sus habitantes, los magistrados que dictaron las medidas cautelares que motivaron el conflicto de poderes optaron por intervenir de manera prematura en el trámite legislativo que se encontraba en curso e impidieron que tal procedimiento de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia fuera conducido y desarrollado por el órgano investido por la Constitución y la ley de competencias privativas para abordar el tema. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

89. Si el producto del procedimiento participativo de consulta instaurado por el Poder Ejecutivo en la etapa de propuesta del candidato a juez del Tribunal Superior de Justicia no es vinculante para el Jefe de Gobierno, según lo establece el propio dec. 1620/03, ello implicaría que si alguien sostuviera en esa primera instancia participativa con argumentos serios y concretos que la persona nominada no reúne la idoneidad que requiere el cargo, el Poder Ejecutivo podría, de todos modos, elevar la propuesta para que la Legislatura la evalúe, porque además así lo autoriza la Constitución más allá de lo que pueda establecer cualquier decreto dictado por el Jefe de Gobierno para autorregular su toma de decisión. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

90. Nuestro ordenamiento jurídico no posibilita que el Poder Judicial interfiera en el procedimiento de formación y sanción de las leyes que regula la Constitución, ni siquiera en sus aspectos reglados, si no existe un caso judicial que contenga un planteo concreto y actual (maduro, no prematuro) formulado por parte legitimada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

91. La designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia puede ser cuestionada *a posteriori* cuando se aparta de las normas constitucionales y cuando quien ejerce la acción está legitimado porque tiene un derecho subjetivo afectado, y la intervención del ciudadano se limita al momento de efectuar las impugnaciones siendo sus representantes, los legisladores, quienes mediante una mayoría calificada admitirán, rechazarán el pliego o decidirán no tratarlo, de modo que la participación ciudadana —directa o indirectamente— está garantizada en todo el proceso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

92. El argumento acerca de la naturaleza preventiva que ostenta la acción de amparo no es suficiente para impedir el ejercicio pleno de las facultades privativas de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el procedimiento de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia, pues una conclusión contraria solo conduciría a desnaturalizar las funciones de los tres poderes del Estado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

93. No hay conflicto de poderes cuando los sujetos u órganos constitucionales que denuncian una afectación por medidas dispuestas en causas contenciosas que tramitan ante otros jueces tienen a su disposición las vías ordinarias de apelación y eventualmente el recurso de inconstitucionalidad; y las pretensiones deducidas por la Procuración si fueran admitidas por el Tribunal Superior afectan la competencia de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, violan la independencia judicial y constituyen un exceso de jurisdicción de este Tribunal Superior, calificadas como *per saltum*. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

94. Sin conocimiento del amparista que fue privado de las debidas garantías de ser escuchado en justicia, el Tribunal Superior tomó intervención, sustituyendo a la jueza natural del proceso, y dejó sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

95. Si hay medios de impugnación a disposición de las partes no hay "conflicto de poderes", la omisión o el desconocimiento de dicho marco de revisión legalmente previsto y la creación de una vía *ad hoc* vulnera la división de poderes (principalmente la que existe entre poder constituyente y poder constituido) y el principio del juez

natural; afecta la competencia del tribunal omitido y del interviniente (por hacerlo fuera de la ley) y quebranta el derecho de defensa e igualdad de armas, al dotar a una de las partes de un camino privilegiado para hacer oír sus quejas y desacuerdos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

96. La cuestión a decidir no es si un conflicto de poderes inexistente puede o no ser admitido, porque lo fue, sino de resolver respecto de la afectación de garantías constitucionales, de los límites de la función jurisdiccional, del papel que corresponde a los Tribunales Superiores y del modo en que el ejercicio de la magistratura asegura o pone en riesgo la tutela judicial efectiva, el pleno funcionamiento del Estado de derecho y la realización del modelo de sociedad que como horizonte de sentido está consagrado en la Constitución. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAO n° 6836/09 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires interpuso (fs. 52/71 y 80) demanda "por conflicto de poderes en los términos del art. 113 de la CCBA en contra del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

En sustancia sostuvo que el conflicto existía a partir del dictado de medidas cautelares por los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad N$^{os.}$ 3, 4, 6 y 13, en las causas "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar", expte. nº 34.975/1, "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo", expte. nº 35.121/0; "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo", expte. nº 35.322/0; y "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo", expte. nº 35.117/0, respectivamente, que interfirieron su competencia constitucional (conf. arts. 104, inc. 5º y 111, CCBA), al suspender el procedimiento de nominación —iniciado por el PE— de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, destinado a cubrir la vacante existente en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

En definitiva solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado por los jueces en las causas mencionadas "o en las que puedan aun promoverse en el futuro con idéntico objeto" (fs. 71); y que "con carácter cautelar, se disponga la suspensión inmediata de toda decisión o sentencia judicial que interfiera con el ejercicio de las atribuciones y competencias propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo y, que en particular, permita la continuidad del procedimiento de designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo [...]" (fs. 70 vta.).

Relató que tras la renuncia del Dr. Julio B. J. Maier a su cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, que le fue aceptada por dec. 644/09 del 20/7/2009 a partir del 1º de octubre de 2009, se puso en marcha proceso de selección, nominación y nombramiento del juez reemplazante.

Agregó que, con sustento en el procedimiento establecido por el dec. 1620/03, la Subsecretaría de Justicia del GCBA dictó la resol. 101-SSJUS-09, por la que ordenó publicar durante dos días en el *Boletín Oficial* y en los diarios *Clarín* y *La Nación* un aviso con los antecedentes curriculares de la postulante y que, "[F]inalizada esta fase, el Poder Ejecutivo pudo comprobar que no se habían presentado observaciones fundadas que hicieran desaconsejable nominar a la candidata propuesta".

Resaltó que a partir de ello, el Jefe de Gobierno, en uso de facultades privativas, ejerció su competencia constitucional de nominar a la candidata a jueza, y requerir el acuerdo de la Legislatura, y que el 16 de septiembre de 2009 suscribió el mensaje 117/2009 —publicado en el *BOCBA* nº 3260 del 17/9/2009— mediante el cual remitió a la Legislatura la propuesta.

Manifestó que luego de "haber precluido aquella instancia" (fs. 54) se dictaron diversas cautelares en la justicia contenciosa administrativa de la Ciudad, destinadas a suspender el desarrollo del procedimiento de nominación de la Dra. Ugolini, en las causas "Grodnitzky", "García Tuñón", y "Cabrera" citadas *supra*, y que, pese a ello, la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura dispuso, el 2 de octubre de 2009 y mediante resol. 05-JEACOC-09, convocar a una audiencia pública para el 30/10/2009 a las 11.00 en el salón San Martín de la Legislatura.

Añadió que, "[d]e esta manera, el Poder Legislativo se propuso avanzar en la ejecución del acto complejo de nombramiento, dando pleno respeto a la posibilidad de que se analicen —en el marco querido por la Constitución— las posibles deficiencias en la información pública respecto de la candidata, o cualquier otro vicio o defecto que obstara jurídica o políticamente el otorgamiento del 'acuerdo' previsto en el art. 111 de la CCBA" (fs. 55 vta.).

Agregó que a partir de ello, se dictó una nueva cautelar en la causa "Grodnitzky" y se inició una nueva acción de amparo (la causa "Berner", también mencionada arriba), que derivó en el "allanamiento de la Legislatura", y el "secuestro del libro de Actas de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control y el expediente (junto con toda su documentación anexa) vinculado al nombramiento de la Dra. Ugolini", así como también de la "documentación de la Dirección de Asuntos jurídicos" (fs. 56 vta.).

Luego de extenderse en otras consideraciones relativas a la cuestión introducida, afirmó que, aun cuando se sostuviera que "el Poder Judicial pueda tener algún ámbito de actuación respecto de la cuestión de fondo", se advertía la falta de "caso o controversia" en las causas tramitadas por ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, porque "no podrían verificarse en cabeza de los amparistas la existencia de 'derechos subjetivos'" y se estaría en presencia de un "agravio puramente 'abstracto' por revestir naturaleza 'conjetural y prematuro'" (fs. 67 vta./68).

2. Por resolución del 29/10/2009, el Tribunal resolvió por mayoría en acuerdo extraordinario: requerir "[...] la entrega inmediata de las actuaciones originales" de las causas individualizadas en el punto 1, segundo párrafo, de estas resultas.

También, en esa oportunidad, resolvió poner a la Legislatura "en conocimiento de la presentación" efectuada por el Poder Ejecutivo, e integrar el Tribunal de la manera prevista por el art. 24, inc. 1º, ley 7 por la vacancia existente por la renuncia del Dr. Julio B. J. Maier, resultando designada la Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Dra. Elizabeth A. Marum (fs. 83).

3. En decisión adoptada en la misma fecha, el Tribunal, por mayoría, "a fin de preservar el ámbito de decisión propio de estas actuaciones y, acorde a las facultades que en materia cautelar prevé la ley 402 al regular el trámite de los conflictos de poderes (art. 14, LPT), sin que ello importe a esta altura del proceso calificarlo como tal"; resolvió "suspender los efectos de las medidas cautelares que interfieran con el desarrollo de la actual etapa del procedimiento de designación en trámite ante la Legislatura" (fs. 187/190).

4. Con fecha 30 de octubre de 2009 el Poder Ejecutivo denunció el incumplimiento de la medida cautelar ordenada por el Tribunal, ante la sentencia dictada en la víspera por la jueza a cargo del Juzgado CAyT Nº 4 en la causa "Grodnitzky", por la que decretó la nulidad de la etapa previa del procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el PE (210/211).

Dicha presentación motivó el acuerdo extraordinario del TSJBA de ese mismo día, en el cual se resolvió por mayoría extender los alcances de la medida cautelar dictada a fs. 187/190 en relación con toda actuación que interfiera en el procedimiento de designación en cuestión (fs. 233/236).

5. El 3 de noviembre de 2009, el Tribunal resolvió, por unanimidad —integrado con la Presidenta de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, Dra. Inés Weinberg de Roca, ante la licencia de la jueza Alicia E. C. Ruiz (fs. 241, fs. 242/5 y fs. 248)—, declarar la admisibilidad del conflicto de poderes planteado por el Poder Ejecutivo y correr traslado de la demanda al Consejo de la Magistratura y a los jueces a cargo de los Juzgados Contencioso Administrativo y Tributario Nos. 3, 4, 6 y 13.

En el mismo decisorio dispuso habilitar días inhábiles para la tramitación del expediente y el cómputo de los plazos; mantener la medida cautelar dictada el 29/10/2009 y ampliada el 30/10/2009; devolver a sus respectivos estrados los expedientes entregados o remitidos como resultado de la medida ordenada por el Tribunal a fs. 74/76, previa extracción y certificación de fotocopias (fs. 270/8).

6. Tras sucesivas recusaciones, excepciones y otro tipo de planteos efectuados por los jueces a cargo de los Juzgados Nos. 3, 4, 6 y 13 (fs. 314, fs. 321/329, 370/374, 382/386, y 418/424, que fueron oportunamente resueltos por el TSJBA a fs. 338/342, fs. 349/356, fs. 392/394, fs. 411/416 y fs. 477/493, los magistrados de mención y el Consejo de la Magistratura contestaron el traslado conferido a fs. 270/278.

7. A fs. 502/503 lo hizo la señora jueza a cargo del Juzgado CAyT Nº 4 y, en esencia, sostuvo que "corresponde declarar abstracto el conflicto de poderes, en

lo que respecta a las decisiones adoptadas" en la causa "Grodnitzky" en la medida que el Poder Ejecutivo no apeló la medida cautelar allí dispuesta y el escrito de demanda que motiva el presente conflicto "sólo luce un cúmulo de suspicacias" y "sofismas".

8. En su responde de fs. 576/586, la señora jueza a cargo del Juzgado CAyT Nº 6 manifestó que mantiene "*íntegramente, ahora como articulaciones de fondo*, las oportunamente planteadas como excepciones previas, (...) con la sola modificación de sus títulos" (el destacado en original).

Afirmó que las medidas adoptadas en la causa "Berner" —en trámite ante el juzgado a su cargo— no estaban "orientadas a afectar *la etapa concluida en sede del Poder Ejecutivo* de la Ciudad, tal como lo expresa el Procurador General, sino a controlar la legitimidad del procedimiento *en la etapa del Poder Legislativo local*" (el destacado luce en el original) —fs. 580 vta.

Asimismo sostuvo que las medidas judiciales allí adoptadas "no invadieron en modo alguno las atribuciones constitucionales de la Legislatura de la Ciudad" (fs. 581 vta.) puesto que fueron dictadas a fin de asegurar la "regularidad —sin vicios invalidantes— de los procedimientos legislativos" (fs. 582) y "preservar la jurisdicción del juzgado" a su cargo (fs. 584 y vta.).

Por último, sostuvo que si "apremiaban los tiempos para el actor de esta causa, las apelaciones eran un medio procesal idóneo, dentro de la ley" (fs. 582).

9. El Consejo de la Magistratura, en su contestación de fs. 587/608 aseveró, en sustancia, que el "Poder Ejecutivo sólo se encuentra facultado en el marco de la ley 402 a promover la presente demanda cuando considere que otro poder se arroga o desconoce atribuciones o facultades que les son propias, mas no a facultades de otro poder" (fs. 588 vta.) y que, "habiendo sido dictados los interlocutorios en cuestión" —medidas cautelares de la justicia de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario— "luego de haber el Poder Ejecutivo finalizado su actuación en el procedimiento de designación, no se aprecia cuáles pueden ser las interferencias actuales en desmedro de sus competencias, cuando el propio Ejecutivo reconoce haber agotado su competencia constitucional" (fs. 589 vta./590).

También expresó que si "aquello que pretende preservar el Ejecutivo es la posibilidad de que el Legislativo trate la propuesta por él enviada [...] la realidad material del conflicto se torna evidentemente tenue, pues lo que está en juego, [...] no es más que la eventual interferencia del Poder Judicial con respecto a la posibilidad de actuación de un tercer poder: el Legislativo" y que "tampoco puede obviarse que, a la fecha, el Legislativo, pudiendo ejercer sin trabas sus potestades, no lo hace por decisión suya, circunstancia que también pone en duda la actualidad misma del conflicto" (fs. 590 vta.).

Asimismo manifestó que no "se advierte que en los casos enunciados por la actora (...) el Poder Judicial haya pretendido sustituir al Poder Ejecutivo y/o Legislativo en su rol de juez de las calidades del candidato. Tampoco se vislumbra que se haya revisado o modificado la conveniencia de un determinado nombra-

miento" (fs. 602), sino que, por el contrario "que de la documentación adjuntada a la demanda en traslado se advierte que la intervención judicial se relaciona con el control sobre la reunión de las exigencias requeridas por las regulaciones que rigen la materia (...) cuestión aquella cuyo tratamiento (...) se encuentra aceptado por el Máximo Tribunal nacional como también por el local" (fs. 602 vta.).

En suma, concluyó que en la causa "no hay una manifiesta, clara e inequívoca interferencia de competencias. Pues para que se dé, como se ha expuesto en el curso de este proceso, un desborde de competencias, tal situación debe exponer un grado de claridad inequívoco" (fs. 607 vta.).

10. A su turno (fs. 609/617) el juez a cargo del Juzgado CAyT Nº 3 planteó —como cuestión preliminar a su contestación de demanda— la nulidad del proceso por entender, en su opinión, que el Tribunal "no examinó los planteos oportunamente formulados [...] en torno a la recusación de sus integrantes" (fs. 609) y "su imparcialidad para intervenir en autos" (fs. 611 vta.); por la "aplicación arbitraria de normas procesales" (fs. 609 vta.); y por carecer el convocado "legitimación pasiva" para evacuar el "traslado de la demanda" (fs. 611).

En el responde de demanda y en cuanto al fondo sostuvo, en sustancia, que en la causa "Cabrera" existió "una defensa negligente por parte del Poder Ejecutivo y de la Legislatura, pues la apelación e[ra] el remedio idóneo para controvertir decisiones judiciales que se considera[ran] erradas" (fs. 613 vta.); que el actor —Cabrera— tenía un "derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico" (fs. 614); y que el nombrado demandó a la "autoridad administrativa" y en una "causa contenciosa administrativa" por haber incurrido "en la omisión" verosímil de los aspectos reglados del dec. 1620/03 (fs. 614 vta./615).

Asimismo afirmó que en estos autos el órgano ejecutivo alegó competencias que no le son propias (fs. 616); y que "el incumplimiento *prima facie* de los recaudos correspondientes a la etapa 'ejecutiva' del proceso de nominación de un candidato, lleva a que no pueda tener lugar aún la intervención de la Legislatura" (fs. 616).

Por último, reiteró el pedido de citación de la Legislatura como tercero en los términos del art. 88, CCAyT y ofreció prueba.

11. A fs. 618/622 el juez a cargo del Juzgado CAyT Nº 13 reiteró los argumentos vertidos en su anterior presentación en lo "relativo a la falta de facultades del PE para iniciar esta demanda, en la inadmisibilidad e inexistencia del pretendido 'conflicto de poderes' impulsado por dicho poder y en la citación del suscripto como parte".

Sobre el fondo manifestó que "del cotejo de las constancias de los autos 'García Tuñón', se desprende claramente que se trata de un proceso de amparo que ha sido instruido en el marco de la prudencia que caracteriza a la función judicial y en estricto apego a la legislación vigente" (fs. 619 vta.). Agregó que en dicho proceso concluyó provisionalmente que "el planteo de los actores resultaba verosímil en derecho y que la demora en obtener tutela judicial frustraría definitivamente sus derechos" (fs. 621); y que "[A]nte la disconformidad con la 'interpretación' realizada

por un juez de grado, sólo procede la apelación ante la Cámara y no el planteo de un artificioso 'conflicto de poderes'" (fs. 621 vta.).

12. El 30 de diciembre de 2009, el juez a cargo del Juzgado CAyT Nº 13 hizo saber (fs. 676) que declaró extinguido el objeto del proceso "García Tuñón" en virtud de las razones que detalla la sentencia acompañada a fs. 674/675.

13. El 4 de febrero de 2010 el señor Vicepresidente Primero de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires —a cargo de la Presidencia— planteó ante el Tribunal un conflicto de poderes contra el Poder Judicial de la Ciudad conforme lo dispuesto en la resolución del cuerpo 565/LCBA/09 que acompañó, "en los términos del inc. 1° del art. 113 de la CCBA y el art. 11 de la ley 402 [...] por cuanto las resoluciones dictadas por éste, en el marco del expte. n° 2025/J/09, se arrogan y desconocen atribuciones y competencias que son propias de la Legislatura de acuerdo con lo establecido en el art. 111 de la Constitución local" (fs. 726/785). Con sustento en lo actuado en los expedientes "Grodnitzky", "Cabrera", "García Tuñón" y "Berner" mencionados en el punto 1, párrafo segundo, de estos resultas, solicitó se declare "que el Poder Judicial carece de competencia constitucional para disponer medida alguna que interfiera, altere, suspenda o de cualquier modo pueda afectar la labor de cada uno de los legisladores, de las Juntas y Comisiones que estos integran y del cuerpo en pleno de la Legislatura de la Ciudad en el curso del procedimiento para evaluar la nominación y, eventualmente, prestar acuerdo, para el nombramiento de la Dra. Daniela Bruna Ugolini en el cargo de jueza del Tribunal Superior de Justicia (expte. nº 2025/J/09), dejándose sin efecto todas aquellas resoluciones judiciales que hayan sido dictadas en ausencia de la mencionada competencia constitucional" (fs. 727). No obstante, en relación con lo actuado en el expediente "García Tuñón", y por las razones que expresó al respecto, consideró "que corresponde declarar abstracta esa cuestión a todos los efectos de esta acción" (fs. 738, punto 9).

Pidió, asimismo, la acumulación de su presentación al presente legajo por la conexidad existente, y que se mantenga la vigencia de la medida cautelar decidida en estas actuaciones.

14. Por resolución del Tribunal del 5 de febrero de 2010, dictada en la causa 7046/10 "Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/conflicto de poderes", se resolvió, por mayoría, declarar la admisibilidad del conflicto de poderes planteado por el Poder Legislativo de la Ciudad, ordenar la acumulación a estas actuaciones, y correr traslado de la presentación al Consejo de la Magistratura de la Ciudad y a los jueces a cargo de los Juzgados CAyT N$^{os.}$ 3, 4, 6 y 13 (fs. 788/791).

15. A fs. 808/810, el juez a cargo del Juzgado CAyT Nº 13 solicitó al Tribunal, adhiriendo a lo manifestado por la Legislatura de la Ciudad, que se declare abstracta la cuestión en lo vinculado a la causa "García Tuñón". Expresó al respecto que el estado actual de dichos autos "no proyecta absolutamente ningún efecto jurídico

respecto del tratamiento de la propuesta girada al Legislativo mediante el Mensaje nº 117/2009 del Jefe de Gobierno".

En subsidio contestó demanda en similares términos de sus presentaciones anteriores.

16. A fs. 819/836, el Consejo de la Magistratura contestó el traslado conferido y solicitó se rechace la demanda incoada por el Poder Legislativo.

En sustancia aseveró que "al momento de iniciar esta acción se estaba en condiciones de realizar la deliberación y tomar la decisión respecto de la propuesta enviada por el Poder Ejecutivo" y que por lo tanto "no hay un conflicto actual" que el Tribunal deba resolver (fs. 820 y fs. 835).

Agregó que "siempre que existan aspectos reglados, éstos podrán ser revisados judicialmente, estando sólo exento el control judicial la oportunidad, mérito o conveniencia de la decisión adoptada por el Ejecutivo o el Legislativo, cualquiera fuere el procedimiento del que se trate" incluido el estipulado para la designación de magistrados y "no sólo del acto final sino del procedimiento previo" (fs. 830 y 831 vta.).

En el mismo orden destacó que los argumentos centrales de la demanda vinculados a los expedientes judiciales concretos, "en particular a discutir si, en ellos, se verifica la existencia de caso o causa (...); si los agravios deducidos son actuales (...) y de si, a la vez, los sujetos actores se encuentra legitimados", son "cuestiones ajenas al conflicto de poderes y que hacen a puntuales aspectos procesales de cada uno de los expedientes" (fs. 832), y que "un conflicto de poderes no es el marco para, por un lado, resolver los aspectos procesales particulares de un expediente ni, por otro, obtener declaraciones generales sobre dichos aspectos, más allá de un expediente" (fs. 833).

Añadió que "pasar a analizar el contenido de la medida cautelar o las condiciones procesales del expediente en el cual dicha medida se dictó no son aspectos sobre los cuales quepa aquí introducirse sin que ello implique inmiscuirse ilegítimamente en un proceso del que no se forma parte y al que no se ha sido llamado a intervenir" (fs. 834); y que las "medidas judiciales que interrumpieron el trámite, sin bien son de alguna manera adversa a la Legislatura, no configuran presión, coerción ni violación de la inmunidad parlamentaria prevista por el art. 78 de la Constitución local" (fs. 834 vta.); y *33.7)* "no hay una manifiesta, clara e inequívoca interferencia de competencias" (fs. 836).

Asimismo opinó en "concordancia con lo expresado por la Legislatura [...]", que debe declararse abstracto el conflicto respeto a la causa "García Tuñón" "atento lo resuelto en dicho expediente" (fs. 819 vta.).

17. A fs. 889/891, la jueza a cargo del Juzgado CAyT Nº 6 contestó la demanda de la Legislatura y sostuvo, en primer término, que "no existe un verdadero conflicto de poderes" remitiéndose al voto en disidencia de la "jueza Dra. Ruiz en el auto en traslado y reenvío a sus votos anteriores en el expte. nº 6836/09, así como también" a sus propias manifestaciones "en este último expediente al plantear la

excepción previa de incompetencia, que al ser rechazada (...), sus fundamentos fueron reproducidos como articulación de fondo al contestar la demanda en dicho expediente" (fs. 889).

En segundo lugar y en lo concerniente a las medidas adoptadas por el Juzgado a su cargo, sostuvo que "constituyeron cautelares debidamente fundadas, regularmente dictadas y consentidas por la Legislatura de la Ciudad" (fs. 889) y que se "ajustan al debido control judicial sobre los actos de los restantes órganos del gobierno, control del que no está exento el Legislativo" (fs. 890).

18. A fs. 892 contestó el traslado la jueza a cargo del Juzgado CAyT Nº 4 y solicitó el rechazo íntegro de la demanda por entender que con ella se "pretende que el Superior Tribunal legisle acerca de la competencia de los jueces en un caso concreto" y porque, en suma, "no hay óbices judiciales (...) para que la Legislatura realice los procedimientos y resuelva lo pertinente con respecto al pliego de la Dra. Ugolini".

19. Cumplido el plazo otorgado a fs. 791, punto 3, la señora jueza de trámite otorgó vista al señor fiscal general (fs. 893, punto 4), quien dictaminó a fs. 897/918.

A partir de los fundamentos que expuso, el Ministerio Público Fiscal propició que se haga lugar a las acciones por conflicto de poderes entabladas, y que se declare que los fallos judiciales pronunciados en los casos nº 35.121 caratulado "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo"; nº 34.975/1 caratulado "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar" y nº 35.322/0 caratulado "Berner, Norberto c/Legislatura s/amparo", han sido "dictados en exceso de las facultades que posee el Poder Judicial y en invasión de atribuciones propias y exclusivas de los poderes legislativos y Ejecutivo (arts. 104 y 111 de la CCBA), por lo que consideró también que deber ser declarados nulos.

Paralelamente opinó que se debe "declarar abstracto el conflicto de poderes suscitado con motivo del caso 'García Tuñón'".

20. El 27 de mayo de 2010 se celebró la audiencia prevista en el art. 6° de la ley 402, durante la cual los intervinientes reiteraron sus planteos anteriormente formulados (fs. 1010/1011).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El conflicto de poderes.

Como se señaló durante el curso de este proceso, el conflicto de poderes es el específico cauce procesal que tiene por objeto principal la reivindicación de una atribución asignada directamente por la Constitución o por la ley, planteado por alguno de los poderes del Estado como consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional que la usurpa o le impide ejercerla (p. 270). Se funda, entonces, en la obstrucción de las competencias propias y exclusivas de uno de los

Poderes del Estado, por parte de otro Poder, que, con su accionar, interfiere en el ámbito del primero turbando el ejercicio autónomo de sus potestades.

Para que un proceso pueda ser tramitado por medio de la acción prevista en el art. 113 inc. 1°, CCBA, deben darse ciertos requisitos, que han de verificarse estrictamente con miras a no superponer el instituto del conflicto de poderes con las acciones judiciales existentes en el ordenamiento jurídico adjetivo:

1.1. En primer término, el objeto de la acción no puede consistir sólo en la revisión de una decisión judicial adoptada en el marco de un expediente en trámite por alguno de los cauces previstos en los ordenamientos procesales. La única posible pretensión es la preservación de un ámbito de actuación atribuido constitucionalmente a un poder del Estado. Su fin debe estar dirigido a garantizar al Poder reclamante el ejercicio pleno y sin interferencias, de sus facultades propias. Por tal motivo, los expedientes requeridos por el Tribunal al momento de adoptar la decisión cautelar, lo fueron al sólo efecto de tomar conocimiento de lo allí dispuesto, y prontamente fueron restituidos a sus respectivos juzgados pues ninguna intervención le corresponde a este Tribunal por esta vía.

La única materia posible en estas actuaciones está constituida por las medidas que, se denuncia, interfieren con la competencia propia de otro poder. La intervención del Tribunal debe limitarse a su análisis, y a adoptar, en su caso, las decisiones necesarias para restituir a su cauce constitucional las facultades afectadas (art. 13, ley 402).

1.2. La acción debe ser planteada por alguno de los tres poderes del Estado contra otro de ellos, siendo preciso que quien denuncia no cuente con facultades propias para hacer respetar su ámbito de competencia (art. 12, ley 402). Estas facultades no comprenden, obviamente, la posibilidad de actuar desconociendo un mandato judicial, aun cuando tal disposición no parezca oponible al poder que se encuentra ejerciendo una prerrogativa propia.

En efecto, cada uno de los poderes del Estado debe actuar, en su ámbito, bajo estricta legalidad y sus actos deben estar desprovistos de cualquier mácula que pueda empañarlos, más aún los de trascendencia institucional, como lo son los que forman parte del proceso de designación de un magistrado del Tribunal Superior; en especial si se repara que la Constitución ha pautado un mecanismo específico para despejar la cuestión.

En este aspecto vale la pena señalar —por cuanto se ha pretendido que este conflicto de poderes era innecesario— que si la Legislatura pudo avanzar con los trámites de designación de la candidata Ugolini y celebrar la audiencia pública prevista en la ley, y todo ello fue realizado sin que existieran dudas u objeciones en su ejecución, fue porque este Tribunal suspendió las medidas cautelares que ordenaban no seguir adelante con el procedimiento de designación, y que si luego decidió no someter a votación del Cuerpo el pliego de la candidata o postergar la oportunidad para hacerlo, esa es una opción que corresponde al Poder Legislativo y que es ajena a cualquier otro órgano ponderar por fuera de las previsiones cons-

titucionales. En este caso, el objeto de la acción y aquello por lo que debe velar este Tribunal de acuerdo con el mandato constitucional, se limita a garantizar qué Legislatura pueda ejercer plenamente sus opciones.

1.3. En este proceso no intervienen personas individuales, ni están en juego derechos subjetivos de particulares. Se trata de un proceso que tiene por finalidad resguardar el equilibrio de poderes establecido en la Constitución y el normal desenvolvimiento de las instituciones previstas en la CABA, y en el que sólo están en pugna competencias funcionales. Por tal motivo, puede involucrar —tanto activa como pasivamente—a cualquiera de los tres poderes y, cuando uno de ellos resulta ser el Poder Judicial, no se identifica con las causas judiciales en trámite ante los tribunales de primera y segunda instancia.

Es precisamente esta falta de identificación con cualquier causa judicial el motivo por el cual el proceso de conflicto de poderes puede tener andamiento con prescindencia de que la normativa de rito correspondiente a los trámites judiciales que le han dado origen, tenga previstas vías para discutir las medidas adoptadas por el o los órganos jurisdiccionales ante los cuales se desarrollan, ello tanto desde el punto de vista formal —el conflicto de poderes está previsto en la Constitución y en la ley—, como sustancial, en razón de la trascendencia institucional que tiene la vulneración de la división de poderes, piedra basal del sistema republicano.

En todo caso, ante una decisión del TSJBA contraria al planteo de un conflicto de poderes, la omisión de preservar los remedios de las leyes procesales le acarreará a quien incurra en ella el perjuicio de su falta de previsión.

2. La competencia del Tribunal Superior de Justicia.

El conflicto de poderes tiene, en la Ciudad de Buenos Aires, origen constitucional y se completa con la regulación adjetiva establecida en los arts. 11 y ss. de la ley 402.

Conviene recordar entonces, una vez más, que la actuación de este Tribunal en el presente conflicto de poderes, se inscribe en el marco de la competencia originaria contemplada expresamente en el art. 113, inc. 1°, CCBA. Se trata de una competencia originaria, privativa y excluyente de este Tribunal Superior de Justicia.

Caracterizado el conflicto de poderes de acuerdo con las pautas constitucionales y legales que se han enunciado y desarrollado, sólo el TSJBA puede dilucidar la cuestión trabada entre órganos que se atribuyen competencias incompatibles. No existe en la Ciudad autoridad alguna —judicial o de otro tipo— que pueda arrogarse legitimidad para resolver tal disputa, y ello por cuanto es la Carta Magna local la que ha establecido, en forma expresa y categórica, en su art. 113 inc. 1°, la competencia de este Tribunal Superior. De ello se desprende la inconsistencia del argumento que intenta, sin lograrlo, asimilar el conflicto de poderes a un "salto de instancia" en alguna de las causas judiciales en trámite.

En orden a las pautas expuestas precedentemente y de acuerdo con los fundamentos allí vertidos, el Tribunal, con fecha 3 de noviembre de 2009 y 5 de febrero de 2010 (resoluciones de fs. 270/277 y de fs. 788/791), declaró admisible la acción

interpuesta por los Poderes Ejecutivo y Legislativo contra el Poder Judicial de la Ciudad, quedando de plano descartado —tanto por el objeto de la pretensión actora como por la naturaleza de las partes— que el presente litigio involucre una causa contenciosa-administrativa o pretenda, de algún modo, conocer en las causas que tramitan en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

3. El procedimiento para la designación de los jueces del Tribunal Superior de Justicia.

3.1. El procedimiento de designación de jueces del TSJBA —como en el orden nacional el de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— está diseñado en la Constitución de la Ciudad como un trámite complejo, en el que intervienen necesariamente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

El Poder Ejecutivo proponiendo (art. 104, inc. 5°, CCBA) y, finalmente designando (art. 111, CCBA), y el Poder Legislativo otorgando acuerdo (art. 111 cit). Es decir que el trámite complejo de designación consta de tres pasos o etapas. Propuesta, acuerdo y designación, llevados a cabo entre ambos departamentos del Gobierno.

Lo expuesto permite advertir, con claridad suficiente, que la competencia constitucional acordada al Poder Ejecutivo de "proponer" atañe tanto a la facultad de efectuar la propuesta de designación como a la atribución de que ella sea aceptada o rechazada por la Legislatura, lo que excluye, por principio, toda posibilidad de que algún otro órgano o poder pueda interferir en ese cometido.

Ello es suficiente para fundamentar tanto la legitimación activa del Poder Ejecutivo en el *sub examine*, como la cautelar decidida por este Tribunal, y enervar los cuestionamientos que se hicieron al respecto pues, ejercida la facultad del Poder Ejecutivo de proponer, ella encerraba la atribución o derecho a que fuera sometida a consideración de la Legislatura.

Sostener que el Poder Ejecutivo no está legitimado en relación con las medidas judiciales que suspendieron el trámite ante la Legislatura, es una visión sesgada que omite que el Poder Ejecutivo ha ejercitado una facultad —proponer— que la CCBA pone en exclusiva cabeza de la Legislatura revisar. Si una medida judicial interfiere en dicha atribución de la Legislatura —en concreto le impide considerarla aceptando o rechazando la propuesta del Poder Ejecutivo— está afectando también la atribución del Poder Ejecutivo a que su propuesta sólo sea revisada por la Legislatura.

Paralelamente, de lo expresado se desprende también la competencia de la Legislatura para tratar —y aceptar o rechazar— o eventualmente no tratar, la propuesta efectuada por el Ejecutivo. De manera que cualquier decisión que no sea suya que le impida la posibilidad de pronunciarse sobre una propuesta de designación efectuada por el Poder Ejecutivo, da suficiente sustento a la legitimación activa de la Legislatura.

3.2. De acuerdo con el mandato constitucional, intervienen en el procedimiento dos órganos con competencias exclusivas: *1)* El Jefe de Gobierno, encargado de

iniciar el trámite y formular la designación de un candidato, y *2)* la Legislatura, encargada de brindar el acuerdo correspondiente, con los dos tercios del total de sus miembros, en sesión especial convocada al efecto.

En definitiva, el proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia tiene, en la Ciudad de Buenos Aires, una regulación constitucional propia, acorde con su naturaleza institucional. Ello determina que la competencia establecida no pueda ser alterada, modificada o soslayada en ningún supuesto, ni subordinada al cumplimiento de recaudos emanados de una normativa inferior. El dec. 1620/03 sólo está destinado a complementar esa atribución en aspectos operativos. También implica —por definición— que el curso del procedimiento constitucional no pueda detenerse por actos emanados de otro Poder, ni por acciones judiciales instadas por particulares durante el período de actuación atribuido a cada órgano específico.

No existe, constitucionalmente hablando, un derecho subjetivo a intervenir en el proceso de designación de un magistrado del TSJBA en cualquier momento o por fuera de los canales dispuestos para hacer efectiva la participación popular. El proceso de designación de un magistrado del Tribunal Superior de Justicia se encuentra íntegramente previsto en la Constitución local y allí nada se contempla en ese sentido.

No obstante, corresponde señalar —sin que ello implique interpretación alguna de la normativa infraconstitucional que viene a complementar algún aspecto del proceso constitucional de designación— que en este caso, el lugar y oportunidad para plantear las supuestas irregularidades u objeciones sobre la candidata propuesta por el PE era el determinado en el art. 3° del dec. 1620/03, en el cual sí se prevé una instancia participativa de la comunidad en el futuro nombramiento.

En efecto, dispone la citada normativa: "Art. 3° — *Observaciones*. Las personas físicas o jurídicas con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden presentar por escrito ante la autoridad de aplicación dentro de los quince (15) días de la última publicación en el *Boletín Oficial* de la Ciudad de Buenos Aires, observaciones relativas a los antecedentes del/la candidato/a propuesto/a por el Poder Ejecutivo que resulten relevantes para la consideración de su candidatura, de conformidad con los criterios establecidos en el art. 1° del presente Anexo. No serán consideradas aquellas objeciones irrelevantes desde la perspectiva de la finalidad del procedimiento que establece el art. 1° del presente o que se funden en cualquier tipo de discriminación".

Presentadas las observaciones e impugnaciones, los arts. 4°, 5°, 6° determinan su adecuada publicidad y, finalmente —expirado el plazo de presentación de observaciones—, la realización de un informe final con la valoración de las impugnaciones recibidas.

Por último, el art. 7° del decreto dispone: "Art. 7° — *Elevación*. Dentro de los quince (15) días de recibido el informe previsto en el art. 6°, el/la Jefe/a de Gobierno decidirá sobre la conveniencia de la remisión de la propuesta a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de considerar pertinente la remisión a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del pliego correspondiente

al/la candidato/a puesto a consideración de la ciudadanía, deberá enviar la propuesta con todo lo actuado. El mensaje de remisión expresará las razones por las que se eligió al/la candidato/a propuesto/a, debiendo publicarse en el *Boletín Oficial* de la Ciudad de Buenos Aires y en la página oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en Internet *(www.buenosaires.gov.ar)*".

En definitiva, el plexo normativo aplicable dispone, en forma detallada, la forma y oportunidad en que el trámite de designación puede ser objetado por los particulares ante la Subsecretaría de Justicia y Legal y Técnica, autoridad de aplicación del dec. 1620/03. Adviértase que, siendo explícito el texto constitucional, la normativa inferior *no puede sino adecuarse a ella*. El mencionado decreto, al margen de cualquier juicio de valor, prevé la participación de la comunidad dentro de la etapa correspondiente al Poder Ejecutivo, y deja a salvo las atribuciones del Legislativo a quien, si decide sostener la candidatura, le remite la propuesta "con todo lo actuado".

Por otra parte, en la etapa que se desarrolla en la Legislatura, también se encuentra contemplada la posibilidad de participación ciudadana y, tal fin, es preciso convocar, ineludiblemente, a una audiencia pública prevista en la ley 6 (en especial, arts. 21 a 33), la cual —en lo que atañe a este conflicto—, se llevó adelante el día 30 de octubre de 2009. En esa oportunidad, se efectuaron y consideraron las observaciones e impugnaciones a la candidatura de la Dra. Ugolini, aunque de la transcripción de la citada audiencia no surge que hubieran participado los ciudadanos que se presentaron en sede judicial denunciando irregularidades en el trámite, con la excepción del Sr. Pisoni, quien en la audiencia se limitó a expresar genéricamente su desacuerdo con la continuación del procedimiento. De haber participado, ello hubiera permitido a los legisladores —en virtud del principio de soberanía legislativa— corregir, observar o anular el trámite cursado hasta entonces (versión taquigráfica de la audiencia pública caratulada "Consideración de idoneidad e impugnaciones de los candidatos a cubrir el cargo de juez/jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad", obrante en copia certificada a fs. 684/702 vta.).

Por otra parte, corresponde dejar en claro que una vez concluido el procedimiento complejo con el acto de designación del candidato, éste, al igual que todo acto emanado de un poder del Estado, podrá ser objeto de conocimiento judicial a los efectos de eventuales deficiencias procedimentales que pudieran afectar preceptos constitucionales, y siempre que se verifique un caso, causa o controversia que, *sine qua non*, debe tener como sustento a uno o más sujetos con la legitimación suficiente que, insistentemente, ha remarcado la CSJN, y reiterado recientemente *in re* "Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo", t. 117. XLVI, fallo del 15/6/2010.

Sin embargo, las impugnaciones y denuncias previas habrán de ceñirse a la oportunidad pertinente para no avasallar las competencias atribuidas constitucionalmente, pues en tanto no exista el acto de designación, la potestad de hacerlo y la atribución del control de requisitos, planteo de objeciones, impugnaciones, resoluciones y demás pasos e instancias del proceso, están dentro de la competencia

que detentan los poderes Ejecutivo y Legislativo, cada uno en la etapa en la que le toca intervenir.

3.3. Corresponde en este punto efectuar algunas consideraciones acerca del análisis judicial de actos de naturaleza político-institucional, constitucionalmente asignados a un poder determinado.

En primer lugar, resulta conveniente recordar que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que corresponde al Poder Judicial juzgar "la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes" (*Fallos,* 210:1095) y la "excedencia de las atribuciones" en las que éstos puedan incurrir (*Fallos,* 254:43), este principio que nutre el mecanismo de pesos y contrapesos en una república, no implica que cualquier cuestión pueda ser sometida a conocimiento de cualquier juez, ni tampoco que pueda serlo en cualquier momento.

En este sentido cabe recordar que al fallar en la causa "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/pedido de inhibitoria en: 'Gallardo, Roberto Andrés c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 4312/05, resolución del 9/11/2005, el Tribunal dejó en claro que en el marco del trámite de enjuiciamiento de un juez de la Ciudad previsto en los arts. 121 a 123, CCBA, en el que intervienen el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, ningún organismo judicial tiene competencia para entrometerse o interferir en el trámite y decisiones de tales organismos constitucionales adoptadas en el ejercicio de sus facultades privativas, salvo el Tribunal Superior de Justicia previa impugnación por manifiesta arbitrariedad, mediante el recurso directo que prevé el art. 29 de la ley 54 de la decisión final del Jurado de Enjuiciamiento.

En el mismo entendimiento, al resolver por unanimidad en el expte. nº 1251/01 "Nieto Suanno, María Cristina c/Política Abierta para la Integridad Social (P.A.I.S.) y otro s/amparo", resolución del 15/11/2001, el Tribunal sostuvo que del texto del art. 77 resulta claro que el Poder Legislativo tiene la facultad privativa de resolver quién debe integrar el Cuerpo, si se plantea la pretensión de dos o más personas para ocupar un mismo escaño y que hasta tanto la Legislatura de la Ciudad no adopte una decisión, no cabe proponer al Tribunal una cuestión que implique, para ser resuelta en este momento, dejar de lado las atribuciones originarias y privativas de la Legislatura.

Lo expuesto, permite advertir que, las causas "Grodnitzky", "Cabrera", "Berner" y "García Tuñón" constituían supuestos asimilables —*mutatis mutandi*— a los citados "Gallardo" y "Nieto Suanno" en el sentido de que estaba en pleno desarrollo el proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia previsto en los arts. 104, inc. 5° y 111, CCBA y, consecuentemente, los jueces que conocieron de ellas debieron haberse abstenido de adoptar decisiones que importaban dejar de lado atribuciones originarias y privativas de los otros dos poderes, en tanto no hubieran sido plenamente ejercidas o satisfechas.

Queda claro entonces que es regla convalidada por la jurisprudencia la de no interferir en el ejercicio de facultades privativas de un poder de Estado cuando están en pleno desarrollo y no se han completado.

Cabe, asimismo, señalar que el argumento acerca de la naturaleza preventiva que también ostenta la acción de amparo, no es suficiente para soslayar lo antedicho e impedir el ejercicio pleno de las facultades privativas de los poderes Ejecutivo y legislativos en casos como los denunciados en autos. Una conclusión contraria solo conduciría a desnaturalizar las funciones de los tres poderes. Basta imaginar una medida judicial que impida al PE enviar un proyecto de ley al parlamento, o que obstaculice su tratamiento por las comisiones legislativas pertinentes, o que imposibilite su consideración por la Legislatura. En otras palabras que de cualquier manera interfiera en alguna de las distintas etapas del proceso complejo de formación de una ley (iniciativa, debate, sanción y promulgación o veto) antes de que se haya completado el proceso previsto en los arts. 86 y concordantes de la CCBA.

Para finalizar este punto he de señalar que, lo que aquí sostengo, en manera alguna contradice la doctrina sentada por este Tribunal en el precedente "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/art. 14, CCBA", expte. nº 1866/02, resolución del 27/11/2002, publicada en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. IV, pp. 664 y ss., como ligeramente se ha afirmado en algunas de las presentaciones realizadas en este proceso. En el caso "Spisso" ya se había expedido la Legislatura rechazando su pliego para juez, ergo, estaba expedita la vía judicial porque el órgano mencionado había ejercido su soberana competencia constitucional. En otras palabras, antes de que la Legislatura diera su última palabra hubiera sido improcedente la intervención de la justicia.

La jueza de este Tribunal, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en su voto en la causa "Spisso" mencionada precedentemente, mediante atinadas reflexiones, señaló refiriéndose al procedimiento de designación de un juez que "[l]a Legislatura no tiene más límites en sus facultades que los exclusivamente establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Y más adelante sostuvo que "la audiencia posibilita a cualquier ciudadano observar y participar en la evaluación del candidato al momento del tratamiento de su pliego. Sin embargo, la apreciación y valoración de los resultados de la audiencia reposa exclusivamente en la Legislatura. (…) [Además, no] existe norma que permita forzarlos judicialmente o modificar la opinión que del candidato se han formado, ni obligarlos a votar a favor de su designación.// Si la Constitución opta por someter a la consideración discrecional de la Legislatura las calidades del candidato propuesto (…) ello responde al intento del constituyente de subordinar la designación del magistrado al consenso político de la mayoría calificada, consenso al que la Legislatura llega por razones de conveniencia política ajenas al control jurisdiccional (…)"… "No significa esto que todo el procedimiento de designación pueda ser visto como una 'cuestión política no justiciable'. El Poder Judicial puede controlar las formas procedimentales impuestas por la Constitución… el Poder Judicial puede revisar, en la medida que exista un afectado". Estos conceptos, plenos de sentido constitucional, se aplican absolutamente y con mayor fundamento aún, cuando se trata de un juez que es propuesto para integrar el máximo órgano judicial de la Ciudad.

Asimismo, el juez Guillermo Muñoz, querido colega —hoy fallecido—, en los expedientes acumulados n° 1066/01, 1076/01 y 1077/01 'Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/art. 14, CCBA", resolución del 21/11/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 642 y ss., refiriéndose a las facultades de la Legislatura para designar un juez, decía que "[l]a forma, la medida y el grado con que la Legislatura use esa potestad es una cuestión que sólo puede ser valorada después de que se haya ejercido. Es que la discrecionalidad del acto de aprobación o rechazo no es un *prius* que derive necesariamente de su naturaleza, sino un *posterius* al que se llega una vez que la potestad es ejercida".

Es decir, que la designación de un juez puede ser cuestionada *a posteriori* cuando se aparta de las normas constitucionales y cuando quien ejerce la acción está legitimado porque tiene un derecho subjetivo afectado. La intervención del ciudadano se limita al momento de efectuar las impugnaciones y serán sus representantes, los legisladores, quienes —en definitiva— mediante una mayoría calificada admitirán, rechazarán el pliego o decidirán no tratarlo. Es decir, que la participación ciudadana —directa o indirectamente— está garantizada en todo el proceso.

4. Las medidas judiciales que ordenaron suspender el proceso de designación.

4.1. Según surge de estas actuaciones, el trámite de designación que suscita el conflicto de autos transitaba una de las etapas previstas en la Constitución cuando las decisiones judiciales dictadas en las causas "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar", expte. nº 34.975/1, "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo", expte. nº 35.121/0; "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo", expte. nº 35.322/0; y "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo", expte. nº 35.117/0, respectivamente, resolvieron suspender el procedimiento de designación—iniciado por el PE— de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, destinado a cubrir la vacante existente en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

Con posterioridad a ello, ante el hecho de que la actividad legislativa continuó con el trámite de designación mediante la convocatoria a audiencia dispuesta por resol. 05-JEACOC-09 de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, evidenciando de esa forma su voluntad de proseguir con el trámite, la magistrada interviniente en la causa "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", Dra. Patricia López Vergara, dispuso librar mandamiento requiriendo a la máxima autoridad administrativa de la Legislatura "la *entrega del expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura de la CABA, todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1º/8/2008 a la fecha*. Si se negasen, se procederá a su secuestro (conf. art. 203 del CCAyT). Todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del C.P.

Se deja constancia que el oficial de justicia *ad hoc* se encuentra facultado a allanar el domicilio, violentar cerradura y requerir el auxilio de la fuerza pública, en caso que fuere menester (...) Requerir el auxilio de la fuerza pública, con la presencia de dos móviles policiales con dotación completa los que deberán hacerse presente en la dependencia del Tribunal el lunes 26 de octubre de 2009 a las 12:00 hs, a cuyo fin líbrese oficio por secretaría con habilitación de días y horas inhábiles" (expte. nº 35.322/0, resolución del 23/10/2009, fs. 86/87).

El 26/10/2009 se secuestró documentación obrante en sede de la Legislatura y a fs. 130 del expediente obra nota de devolución del Libro de actas de la Junta de Ética y de cuatro biblioratos.

Finalmente, al constatar que "...no se encuentra acreditado el cumplimiento de la medida cautelar de fs. 40/43, sino que todo lo contrario, se continuó con el procedimiento previsto en la resol. 5-JEAOC-09, configurándose una clara desobediencia del Presidente de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la CABA, Oscar Zago" la magistrada interviniente resolvió "remitir los presentes obrados mediante oficio de estilo al señor Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional de la Capital Federal a sus efectos" (expte. nº 35.322/0, resolución del 29/10/2009, fs. 144).

En la misma línea, el magistrado interviniente en la causa "Cabrera", juez Guillermo Fabio Treacy, dispuso, frente a la denuncia de incumplimiento de la medida cautelar, remitir copia certificada de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a los efectos de que se investigue la posible comisión del delito de acción pública tipificado en el art. 239 del C.P. (expte. n° 34.975/1, resolución del 13/10/2009, fs. 318).

Por su parte, la jueza a cargo de la causa "Grodnitzky", Dra. Elena Amanda Liberatori, ordenó: "[h]acer saber a la H. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que la medida cautelar dictada en autos se encuentra vigente y firme" y "[o]rdenar a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires proceda en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos a devolver la propuesta remitida por el Poder Ejecutivo para la cobertura de una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que sean subsanados los vicios que menguan la calidad de la información pública y el derecho de participación ciudadana. Vencido el plazo sin que se haya cumplido con lo dispuesto, se harán efectivas sanciones conminatorias diarias de 500 (quinientos pesos) a ser impuestas respectivamente en la persona de la diputada Victoria Morales Gorleri, y de los diputados Oscar Zago, Carlos Araujo y Cristian Ritondo en calidad de integrantes firmantes de la resol. JEAOC-05-09 de fecha 2/10/2009" (fs. 14 vta./15), cuatro de los once legisladores integrantes de la Junta. Los integrantes de la Junta de Ética intimados en la resolución se presentaron, apelaron la resolución y denunciaron que lo ordenado resultaba de imposible cumplimiento debido a que las actuaciones habían sido secuestradas por otro magistrado en el marco del expediente "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo"

(expte. nº 35.322/09). La jueza denegó los recursos en atención a que el secuestro mencionado tornaba abstracta la posibilidad de que se hagan efectivas las sanciones conminatorias (fs. 211).

Luego, la jueza dictó sentencia de fondo en la que resolvió "[d]ecretar la nulidad de la etapa previa del procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el señor Jefe de Gobierno Ing. Mauricio Macri a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires por no haberse subsanados los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información y que ésta sea al mismo tiempo, la información trasparente, adecuada, veraz, oportuna y completa que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos aplicables" (expte. n° 35.121/01, resolución del 29/10/2009, fs. 233/236). Este pronunciamiento fue apelado, sin que se haya, a la fecha, dictado sentencia.

En suma, y esto constituye el punto central de la presente acción, encontrándose en curso el trámite de designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo para ser designada jueza del Tribunal Superior de Justicia local, distintas medidas judiciales cautelares ordenaron la suspensión del procedimiento legislativo, a lo que se opusieron la voluntad de la Legislatura de continuarlo —puesta de manifiesto por la prosecución de actos propios del trámite—, y la del Ejecutivo —que no retiró la propuesta—, con lo cual quedó trabado el conflicto de poderes al resultar incompatible la actuación legislativa prevista en la Constitución con las órdenes judiciales que pretendían impedirla en forma manifiestamente abusiva, como lo fue disponer el allanamiento de la sede del Poder Legislativo local y el secuestro del expediente de designación y de otra documentación.

4.2. El procedimiento de designación de un juez del máximo órgano de justicia de la Ciudad ostenta una naturaleza institucional, vinculada al equilibrio que debe existir entre los tres poderes del Estado. Por ello, este proceso se encuentra por fuera de cualquier otro trámite de designación de funcionarios y fue reglado expresamente en la Carta Magna local.

La circunstancia de que se hayan iniciado causas judiciales objetando ciertos aspectos del trámite como la legibilidad de la publicación de antecedentes de la candidata en una página digital, la oportunidad en que se habría generado la vacante a cubrir, o la intervención de la nueva composición legislativa en la decisión del asunto, no autoriza a confundir el carácter político-institucional del proceso de designación, que lo califica como insusceptible de ser paralizado o suspendido por una medida cautelar mientras se encuentra bajo la actuación de uno de los dos poderes que intervienen en la formulación del acto complejo de designación. Admitir que, mediante presentaciones judiciales, incluso la promoción de acciones de amparo, pueda interrumpirse el proceso de integración del Tribunal Superior, llevaría a pulverizar la acción del órgano establecido por la Constitución local para conformar —según las mayorías que ostente su representación política en la ocasión— el máximo órgano judicial de la Ciudad, dejándolo librado a un número ilimitado de voluntades particulares que no expresan, políticamente hablando, la

representación popular conforme lo prevé el sistema democrático establecido en la Constitución.

De tal forma, la introducción de cuestiones operativas o de forma para impugnar un proceso de designación (en pleno desarrollo o inconcluso) o una candidatura, y la adopción de medidas judiciales que ordenan interrumpir el trámite, implican tanto como desconocer que la Constitución de la Ciudad atribuye —en forma excluyente— el desarrollo y tramitación de la designación de un juez en el Máximo Tribunal de la Ciudad, a dos órganos específicos, en la instancia preliminar el Jefe de Gobierno y posteriormente, el cuerpo legislativo. Pretender bloquear el sistema establecido constitucionalmente, como lo han hecho las resoluciones dictadas por los jueces intervinientes en las causas "Grodnitzky", "Berner", "García Tuñón" y "Cabrera", implica una interferencia ilegítima en la independencia y autonomía de los órganos Legislativo y Ejecutivo cuando hacían uso de facultades exclusivas en virtud de un mandato constitucional (conf. arts. 104 inc. 5° y 111, CCBA).

4.3. No es posible soslayar, además, que el art. 78 CCBA establece a favor de los legisladores un privilegio expreso al señalar que "[n]ingún 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". Ello implica que tanto sus opiniones como sus votos se encuentran protegidos de cualquier injerencia, incluida la de los jueces. Y, como es obvio, este privilegio alcanza a la Legislatura como cuerpo.

Las medidas decretadas por los jueces contra la Legislatura, que determinaron que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo introdujeran el conflicto de poderes, afectaron este privilegio constitucional, al avasallar la inmunidad garantizada por el art. 78, CCBA. En efecto, en la causa "Berner" se propició someter a ciertos legisladores a un proceso judicial por no acatar una orden judicial inconstitucional, implicando ello una advertencia acerca del riesgo que se corría por votar o por desarrollar, incluso, uno de los trámites que conforman el proceso legislativo de dar acuerdo. Este mismo fin tuvieron las medidas cautelares decretadas en los expedientes "García Tuñón", así como las determinadas en "Cabrera", donde se dispuso suspender el procedimiento administrativo y ante la Legislatura, se notificó a todos los legisladores de esa resolución y, ante la decisión de la Junta de Ética de realizar la audiencia pública prevista en el procedimiento, se remitieron copias de las actuaciones a la Justicia Criminal y Correccional a los efectos de que se determine la posible comisión del delito previsto en el art. 239 del Código, y en "Grodnitzky", donde se dispuso la suspensión del procedimiento de propuesta y luego se establecieron astreintes (que no se hicieron luego efectivas) a algunos de los miembros de la Junta de Ética de la Legislatura para el caso de que dispusieran continuar con el procedimiento. Concretamente, se buscó evitar que el voto fuera emitido.

De igual modo, debo señalar que estas medidas pretendieron impedir —al interferir con el desarrollo de un proceso legislativo instado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una facultad que le ha sido conferida por la CCBA— que el Poder

Ejecutivo tome una decisión dentro de sus atribuciones, no ya por la vía admisible del control judicial del producto del proceso administrativo, sino por la de obstaculizar la consumación del proceso legislativo.

En definitiva, las diversas medidas cuestionadas tuvieron como fin o como efecto avasallar la inmunidad funcional del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo por medio de una intervención judicial prematura y sin justificación, claramente inconstitucional.

4.4. En este punto vale agregar que, contrariamente a lo que ha sostenido el representante del Consejo de la Magistratura en la audiencia pública, las medidas procesales dictadas para dotar de eficacia la decisión cautelar de suspender el proceso de designación —allanamiento de la Junta de Ética y Acuerdos, secuestro de libros y documentación, multas pecuniarias a los legisladores miembros de la Junta de Ética— no por ser legales pueden ser utilizadas al servicio de cualquier fin. Toda norma jurídica, sea de fondo o procesal, debe ser aplicada de acuerdo con la finalidad que se ha tenido en mira al sancionarla, evitando desbordes o aplicaciones impropias, susceptibles de ser encuadradas en abuso de derecho. La circunstancia de que los institutos mencionados tengan origen legislativo no justifica, por sí solo, que puedan ser aplicadas a cualquier supuesto. Su pertinencia estará signada por el tipo de proceso y circunstancias en el que se dispongan. Lo que es seguro, y lo he dicho ya en una oportunidad anterior (expte. n° 4312/05 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/pedido de inhibitoria en 'Gallardo, Roberto Andrés c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'", es que las medidas procesales existentes en el ordenamiento adjetivo no pueden estar al servicio del incumplimiento de la Constitución, pues ello no constituye un fin legítimo.

5. La causa "García Tuñón".

En relación con este expediente que tramitó ante el Juzgado CAyT N° 13, a partir de lo que surge de las constancias de fs. 674/676 —copia de la sentencia de ese tribunal que declaró extinguido el objeto del proceso—, hago mías las consideraciones realizadas por el señor fiscal general en su dictamen de fs. 897/918 y opino que debe declararse abstracto el conflicto de poderes a su respecto.

6. Resulta pertinente poner de manifiesto que no me hecho cargo de todas las defensas y cuestiones vertidas en la audiencia pública o en las actuaciones de este proceso, sino sólo de aquéllas que he considerado relevantes para el esclarecimiento de la cuestión en debate. Sin perjuicio de ello, comparto y hago míos las restantes consideraciones que en el acuerdo han expuesto mis colegas Lozano, Casás y Marum y que fundamentan sus respectivos votos.

7. Conclusión.

En suma, las medidas judiciales que bajo la modalidad cautelar impiden el ejercicio de las potestades conferidas al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en el procedimiento constitucional de designación de un juez del TSJBA no pueden ser ejecutadas. Su cumplimiento, conforme quedó expuesto, impacta directamente

sobre competencias privativas de las ramas de gobierno que promovieron este conflicto y, además, lo hacen antes de que ellas hubieran podido cristalizar el resultado que les es propio.

Tampoco puede ser ejecutada la sentencia definitiva dictada en autos "Grodnitzky" (expte. n° 35.121/0), en tanto a este pronunciamiento —dictado cuando se encontraba vigente la disposición de este Tribunal destinada a garantizar el ejercicio de competencias privativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo— le son aplicables las reglas enunciadas en este voto, en tanto también ha pretendido desconocer las previsiones constitucionales vulneradas por las medidas cautelares ya descriptas.

Por las consideraciones que anteceden, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general, corresponde: *1.* Hacer lugar al conflicto de poderes planteado por los poderes Ejecutivo y Legislativo de esta Ciudad y *2.* Disponer que las medidas judiciales analizadas en este voto quedan sin efecto y, en consecuencia, no pueden ser ejecutadas.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con los fundamentos desarrollados en el voto de mi distinguida colega, jueza Ana María Conde, a los que adhiero y acompaño con algunas reflexiones que expongo a continuación. Asimismo, hago míos los argumentos concordantes expuestos en el acuerdo por mis colegas Elizabeth A. Marum y José O. Casás que registran sus enjundiosos votos.

2. El conflicto de poderes previsto en el inc. 1° del art. 113 de la CCBA se configura cuando las medidas emanadas de distintos poderes organizados por la CCBA no pueden ser ejecutadas simultáneamente por interferir las unas con las otras. Se trata de un supuesto que pone al sistema de órganos en la situación en que el ejercicio de las competencias distribuidas en ramas diversas colisiona de modo que alguna o todas se ven frustradas. La interferencia en cuestión supone que el promotor del conflicto no cuenta con medios propios para hacer prevalecer la competencia ejercida. Las disputas que puedan trabarse entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo reflejan de modo paradigmático los presupuestos enunciados. Cuando participa el Poder Judicial no debe perderse de vista que es misión de ese Poder resguardar situaciones protegidas por el ordenamiento y, en ese ámbito, sus decisiones pueden tener impacto sobre medidas dispuestas por los otros poderes.

En tal sentido, la participación que en un conflicto de poderes puede tener el Poder Judicial fue explicada a fs. 270/278 (resolución del 3/11/2009), oportunidad en la que se destacó que "...no cabe sustraer de la categoría de conflictos abordada por el art. 113 inc. 1º de la CCBA a aquellos en que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo imputaran a un juez una interferencia indebida en sus ámbitos incurrida en el marco del ejercicio de su función jurisdiccional. Hacerlo eliminaría, sin razón valedera, una porción importante de la categoría de conflictos a que se refiere la citada cláusula de la CCBA. Ello así, porque, si bien un desborde en detrimento de facultades de otros poderes no es lo previsible en un juez, en las excepcionales

oportunidades en que ocurre, tiene más probabilidades de darse, precisamente, en el marco de procesos judiciales".

A lo largo de estas actuaciones fue advertido que el proceso previsto en el inc. 1° del art. 113 de la CCBA no está orientado, ni tiene por objeto principal, lograr la revisión de pronunciamientos judiciales. Esa misión compete en primer término a los magistrados, para lo que aquí importa, conforme las previsiones del Código procesal que reglamenta en materia CAyT la noción de causa a la que se refiere el art. 106 de la CCBA, y luego al TSJBA, mediante los recursos previstos por los arts. 27, 33 y concs. de la ley 402 reglamentaria de la cláusula 113 de la CCBA. Una recta interpretación de esa organización normativa supone asignarles, a cada una de las vías mencionadas, ámbitos diversos pues no es dable asumir que el ordenamiento diseñó competencias superpuestas, atribuidas, con idéntico alcance, a más de un órgano. Por tanto, el eje del conflicto de poderes consiste primariamente en superar la imposibilidad de ejecución de medidas emanadas de diversos poderes que se frustran mutuamente; no, en cambio, en una avocación para dirimir controversias que estén siendo objeto de un proceso judicial. Justifica esta aclaración la circunstancia de que éste es un órgano judicial por lo que podría eventualmente intervenir en cualquier causa, si en una fuera emitida la medida cuestionada. En verdad, tampoco incumbe al Tribunal avocarse a procedimientos en los que los poderes Legislativo o Ejecutivo hubieran emitido, o mejor, hubieran buscado ejecutar, medidas que frustraren el normal ejercicio de los otros poderes, en particular, el Judicial, sólo que, en este supuesto, es más evidente el motivo, puesto que se trataría, por hipótesis, de asuntos fuera del alcance de cualquier órgano judicial. La conclusión de conflictos de esta especie, por regla, puede quedar circunscripta a restituir a un Poder del Estado en el pleno ejercicio de la atribución ilegítimamente afectada. Ello, aún al margen de la intervención —válida o no— que siga asumiendo otra rama de gobierno en tanto las decisiones adoptadas por cada uno de los departamentos involucrados no se frustren de modo recíproco y definitivo.

Esa línea no implica perder de vista que, al reglamentar el conflicto de poderes, el art. 13 de la ley 402 prevé que "[a] la pretensión declarativa de atribuciones o competencia, pueden acumularse las siguientes: *a)* de declaración de inconstitucionalidad o de anulación de los actos que se considere dictados en violación a las reglas de atribuciones o competencia, según corresponda; de condena a hacer o a no hacer lo necesario para el efectivo resguardo de las atribuciones o competencia constitucionales de cada poder...". Empero, no puede soslayarse que dicha cláusula ha de ser interpretada como reglamentaria de un mecanismo previsto directamente en la CCBA y no como una creación legislativa *ex nihilo*. En ese marco, debe circunscribir su objeto, cualesquiera sean las partes en conflicto, a las medidas efectivamente en colisión, lo que no lleva, según ya fue dicho, a avocarse a la revisión de los actos generadores de esa colisión. La distinción puede llegar a ser difícil, pero es imprescindible para evitar que este mecanismo de resolución razonada de la contienda se convierta en una modalidad de quitar los asuntos de las autoridades a las que están naturalmente sometidos, cualesquiera sean estas autoridades. También, retomo,

cuando, como en el caso, son jueces, cuyas decisiones podríamos eventualmente revisar en el marco de competencias estrictamente jurisdiccionales del Tribunal, a diferencia de las que competen al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo.

Por eso, no se trata aquí de disponer enteramente de los expedientes en que las medidas fueron dictadas sino tan sólo de examinar estas medidas en lo imprescindible para resolver si pudieron interferir del modo en que lo hicieron, por una parte, con la actividad legislativa, y por otra, con la ejecutiva.

Precisamente, para cumplir esas líneas directrices, por un lado, el Tribunal limitó la decisión cautelar dictada en autos a evitar un daño irreparable, único antecedente que ha posibilitado a la Legislatura ejercer sus competencia en el marco del procedimiento de selección bajo estudio, extremo que, a su vez, impide considerar que el conflicto ha perdido actualidad como fue postulado en la audiencia pública celebrada en autos. Por otro, los expedientes judiciales requeridos para tomar conocimiento de las medidas judiciales cuya interferencia se denunciaba fueron inmediatamente restituidos a sus juzgados de origen para que continuaran su trámite (fs. 278).

3. No cabe duda de que nuestro constituyente tuvo en consideración el elevado impacto político e institucional que ostenta la resolución de una confrontación de esta naturaleza. También que ello influyó en el diseño que adoptó para el TSJBA al que eligió para encomendarle la solución de aquélla.

Sin embargo, la CCBA no confió al buen arbitrio de este Tribunal la resolución del conflicto. Hacerlo habría supuesto dejar librada a la discreción de cinco jueces, o mejor dicho de tres, la modificación de la propia Constitución. Le impuso, en cambio, resolverlo conforme a derecho, lo que en el caso significa: conforme a los contenidos de la misma ley fundamental. Algunos de quienes contribuyeron al desarrollo de estas actuaciones han manifestado reiteradamente su desconfianza respecto de la posibilidad de resolver la contienda, y aun la de impartir justicia, con arreglo a normas, reivindicando o ensalzando la guía política para decidir la cuestión. Puede ello constituir una confesión, pero, de ningún modo una descripción de la voluntad del constituyente. Puede ocurrir que no sepamos encontrar en la CCBA las reglas que conduzcan a la solución de la disputa, puede ocurrir también que éstas tengan menos exactitud que la que sería necesaria o conveniente, aunque esto me parece improbable, puede ocurrir que toque deducir la solución de premisas muy generales, esto siempre ocurre cuando de interpretar una constitución se trata, pero, algo no puede ocurrir: no podemos considerarnos libres de optar por nuestras preferencias, menos aún por las circunstanciales.

El mecanismo contemplado en el art. 1° del art. 113 de la CCBA que nos ocupa bien podría estar ausente, esto es, la Constitución habría podido librar la solución del conflicto a la suerte, a la recíproca tolerancia de los protagonistas o a la mayor fuerza de alguno de ellos. Podemos contemplar sistemas constitucionales en los que interferencias de esta especie quedan resueltas por la capacidad de un poder de desplazar a su oponente. Ninguno de estos es el caso de la CCBA. Este

instrumento institucional ha conferido al único órgano jurisdiccional que crea, y al que pone en la cúspide de la organización judicial, la misión de resolver estas interferencias.

4. Diversas advertencias contuvieron los alegatos de los jueces acerca de las implicancias políticas que suponen tendría la solución a que arribemos en este proceso. A este respecto, valen algunos señalamientos. Ciertamente, un juez no debe desentenderse de las consecuencias de sus decisiones; no por políticas sino por consecuencias. Empero, no es ésta cuestión cuya apreciación le esté especialmente asignada por el orden jurídico. Su misión es obrar con apego a las reglas sentadas por los representantes de la voluntad del pueblo. Evaluar las consecuencias de aplicar lealmente las reglas que componen el orden jurídico es misión central de los órganos políticos que expresan la voluntad del pueblo, incluyendo a la asamblea constituyente en el ámbito que le es propio, precisamente porque es misión de esos órganos políticos dictar esas reglas que deben aplicar los jueces en resolver aquellas cuestiones cuya decisión les encomiendan la CCBA y las leyes dictadas en su consecuencia. El derecho tiene indudablemente menor precisión que la matemática, pero la circunstancia de que su aplicación no arroje una solución única para las situaciones de las que se ocupa no equivale a dejar librada la solución al juez. La lectura de *Law's Empire*, de Ronald Dworkin, me conduce a pensar que, aunque no hemos encontrado el modo de formular sistemas jurídicos que arrojen una solución única para cada supuesto, podemos reconocer como tal, en cambio, al que lleva a desechar alguna solución. Es por ello que el juez no está librado a sus concepciones políticas aun cuando ellas influyan en sus interpretaciones de las normas jurídicas. El juez no tiene la objetividad que el creyente supone en Dios; pero, concebirse como humano no justifica venir a ponerse por sobre el constituyente o el legislador con base en una imprecada imposibilidad de ser prescindente.

En verdad, el Derecho está concebido bajo la hipótesis de que el juez es humano. Precisamente, acude a resortes distintos para disminuir la subjetividad: técnica legislativa para lograr precisión en las reglas, apartamiento de quienes tengan un interés personal en la causa, mayor número de magistrados en los tribunales de alzada o de última instancia, reglas muy precisas para llevar adelante el debate, publicidad, etc. No podemos frustrar estos mecanismos con la invocación de que las reglas no arrojan un resultado único, porque, como ya dijimos, aun así valen por los resultados que impiden. Al mismo tiempo, el orden constitucional pone al juez al abrigo de cualquier evaluación política de su desempeño. Ni lo somete a periódicos comicios ni el proceso de remoción puede estar fundado en consideraciones acerca del mérito político de sus decisiones, precisamente, porque la Constitución no lo concibe asumiendo responsabilidades políticas. El examen que cabe del juez se centra en el desconocimiento inexcusable del derecho, que, consecuentemente, en la visión del constituyente, debe excluir alguna o algunas soluciones, en cualquier interpretación posible.

Finalmente, quiero distinguir la subjetividad que puede incorporar al análisis judicial una convicción política, no domesticada, de aquella otra que consiste en el

coyuntural interés por el resultado del caso. En ambos supuestos, la invocación a la política como fundamento encierra una invocación a la fuerza: el juez resuelve por lo que concibe como interés político superior, algo para lo cual no ha sido designado, no ha sido evaluado y por lo que no le tocará responder ni ante los electores ni ante un jurado de enjuiciamiento. Empero, aún así cabe diferenciar una hipótesis de otra. Quien interpreta una norma sobre la base de una concepción política, al menos adoptará la misma interpretación en otras situaciones, desde luego, mientras mantenga su convicción política. En cambio, el otro supuesto no supone más que un puro arbitrio.

5. Buscando apoyo en esa invocación se ha descalificado a este proceso como un *per saltum* para generar la idea de que la intervención asumida por el Tribunal carece de respaldo normativo. A este respecto, ya fue dicho que la referencia al instituto mencionado "...es un argumento cuyo significado no es otro que vincular nuestras decisiones a las que adoptó la CSJN en causas que merecieron objeciones de doctrina y opinión pública. En aquellos casos, la Corte lo hizo sin mediar norma que la habilitara, fue una construcción pretoriana. A partir de allí, el término ha adquirido un significado puramente descalificador. Vale recordar que en el derecho estadounidense, el acceso a la Corte federal puede ser obtenido, por disposición legal, sorteando el de una segunda instancia. Cuando existe ese respaldo normativo, no cabe el uso crítico reinante en nuestro medio.// Al igual que en el supuesto norteamericano la actuación de este Tribunal encuentra apoyo normativo. No obstante ello, no se trata de un *per saltum* puesto que de ese modo se designa, como dijimos, la posibilidad que tiene un litigante de sortear una instancia intermedia apelando directamente a la Corte de máxima instancia, mientras que en nuestro caso, se trata de jurisdicción originaria y no apelada, por lo que no hay instancia inferior cuya actuación quede ni pueda quedar soslayada. Tampoco existe avocación. Todas esas cuestiones aparecen eludidas por las críticas, que no suministran argumento alguno para justificar esa postura. Esa competencia, vale destacar, no es de uso discrecional sino una cuyo ejercicio nos viene impuesto como deber. Resulta incomprensible que el cumplimiento de este deber constitucional pueda, a la vez, configurar alguna de las acciones a que hace referencia el art. 4° CCBA.// La intervención del Tribunal Superior aparece en estos casos como una salvaguarda de la institucionalidad de los procedimientos y decisiones que los poderes adopten en ejercicio y cumplimiento de los deberes a su cargo, incluido el Poder Judicial. De allí que la vía del conflicto de poderes se encuentre destinada a asegurar la supremacía constitucional, pues de existir una intervención del Poder Judicial en cuestiones privativas o propias de otro poder, aparte de desnaturalizar la función jurisdiccional, destruiría el equilibrio y división de poderes, incompatible con el sistema constitucional de nuestra Ciudad que adopta la forma republicana de gobierno (art. 1°, CCBA). No puede perderse de vista que la división y equilibrio de los tres poderes son requisitos ineludibles de la independencia de cada uno de ellos".

Vale recordar que, así como la avocación de la CSJN a la resolución de causas pendientes sorteando a los órganos permanentes del Poder Judicial competentes

para intervenir en ellas mereció serias críticas en nuestro medio, la razón que justifica la crítica es que esa intervención no está prevista el orden procesal federal. Se ha intentado justificarlo en el derecho comparado con remisión al derecho estadounidense donde existen supuestos en que se puede requerir una decisión de una cuestión federal sorteando pasos previos usuales en otros procesos (*Fallos,* 313:863, especialmente considerandos 5 a 9).

Como ya resalté, a diferencia de lo que sucede en nuestro orden federal, tanto en los EE.UU., como en la Ciudad de Buenos Aires, existen previsiones normativas que dan lugar a la intervención del máximo tribunal, aunque por distintos mecanismos y con distintas características en cada jurisdicción, mediante el *per saltum* en el primero y mediante el conflicto de poderes en el ordenamiento local.

Así, en el precedente "Citizens United v. Federal Election Commission" [Comm'n- 08-205 (2010)] donde se discutía si la primera enmienda que garantiza la libertad de expresión protege actos que podrían estimarse según la legislación vigente como "propaganda política prohibida a las organizaciones" en época electoral, precedente famoso por otros aspectos —en tanto involucraba el pedido de difusión de un documental sobre Hillary Clinton, producido por la organización actora, cuando se iniciaban las elecciones primarias—, la intervención de la Corte Suprema de aquel país venía prevista por la legislación respectiva (véase *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*, sec. 403, a, 3). Quizás es aún más ilustrativa la normativa que establece la intervención directa de la Corte por vía de *certiorari* cuando está en juego que un litigio que compromete la responsabilidad de un agente federal por un acto cumplido en ejercicio de su función sea sacado de la jurisdicción federal (Título 28 y 33, *United States Judicial Code* "removal privilege", véase "Gay vs. Ruff" en 292 U.S. 25). Con apoyo en una previsión normativa de esa especie, la Corte estadounidense se avocó al estudio de las delicadas cuestiones involucradas en el precedente "United States v. Nixon" (418 U.S. 683) vinculadas a la posibilidad de brindar publicidad a las grabaciones que contenían conversaciones del Presidente Nixon y sus colaboradores, estando pendiente la solución de los recursos articulados ante la Corte de Circuito (tribunal de segunda instancia).

Esta legislación no existe en nuestro régimen federal. La comparación con el sistema estadounidense se fundó no en una equivalente legislación sino en un equivalente interés institucional o político, según se quiera, en obtener una rápida decisión del tribunal que, en última instancia, estaría encargado de emitirla. En el penúltimo párrafo del considerando 6 del citado precedente de *Fallos,* 313:863 puede leerse "...la evidencia de una situación de gravedad institucional en casos en que se admitió la irreparabilidad del agravio producido por la sentencia apelada, dio lugar a la habilitación de esta instancia si el recurso extraordinario, no obstante la existencia de obstáculos formales, 'constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal invocado', como en feliz expresión lo señaló en su momento el Tribunal (*Fallos,* 210:396). La necesidad de una 'consideración inmediata, oportuna y adecuada a la naturaleza del derecho comprometido', en supuestos como el antes indicado, autoriza la vía federal". Nuestra situación es similar o aún más clara que

la del régimen estadounidense puesto que es la propia CCBA la que la impone, y más aún la impone como excluyente de la de otros órganos judiciales.

La insistencia en denunciar un *per saltum* eludiendo confrontar los argumentos expuestos, según fue dicho, "...mueve a recordar que ha constituido un método bien teorizado de propaganda repetir incansablemente aquello que se sabe errado, con el fin de generar convicción de verdad" (resolución del 26/11/2009, fs. 477/493). No hay aquí intentos de disciplinar ni evadir instancias sino la obligación de cumplir un mandato constitucional previsto. Esa insistencia, por ser su volumen inversamente proporcional al fundamento, también me recuerda un proverbio que tomo de Shakespeare en *King Henry the Fifth* (Acto IV, Escena IV): "The empty vessel makes the greatest sound" (la copa vacía produce más sonido).

Tampoco este proceso da ocasión a una puja por superioridades en el ámbito de la judicatura. Pese al carácter fútil que podría asignarse al disgusto manifestado por haberse aludido a los jueces de mérito como magistrados inferiores, siguiendo en ello el lenguaje del art. 116 de la C.N., la cuestión es propicia para la reflexión de un asunto no menor. Los jueces del TSJBA son elegidos por la decisión convergente del Poder Ejecutivo, que representa la voluntad de la mayoría, y dos tercios de los miembros del Poder Legislativo, elegidos con arreglo a un método de representación proporcional que permite suponer que expresan a igual proporción del pueblo de la Ciudad. Los magistrados de primera y segunda instancia, en cambio, son seleccionados por los méritos que muestren en concursos organizados por el Consejo de la Magistratura, órgano cuyos dos tercios surgen de representaciones profesionales. La voluntad popular se ha autolimitado en la CCBA hasta el punto de que una mayoría simple del Poder Legislativo puede consagrar a quien el Consejo de la Magistratura haya seleccionado, mientras que si una mayoría similar rechaza al candidato propuesto, deja con ello librada la designación a la sola voluntad del Consejo, puesto que no puede rechazar al siguiente. Es decir, la decisión política proviene de un espectro muy amplio en el supuesto de los jueces del TSJBA y, en cambio, se limita, exaltando paralelamente las condiciones técnicas, en el caso de los jueces de mérito. Las diferencias entre los diversos magistrados que integran el Poder Judicial ciertamente existen pero, claro, su relevancia en términos institucionales no depende de la aludida condición de jerarquía en la organización sino de los mecanismos de elección y remoción a los que la CCBA sujeta a cada uno de ellos.

6. Aclarado lo relativo a cuestiones generales vinculadas a este debate es momento de recordar que las medidas que suscitaron la denuncia de los promotores de este conflicto fueron dispuestas en diversos expedientes. Las características que ellos presentan se enunciarán de modo individual para cada una de las actuaciones involucradas:

Expte. nº 35.117/0 "García Tuñón, Laura Susana y otras c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", tramitado ante la Secretaría Nº 25 del Juzgado CAyT Nº 13.

Los actores Fabio Basteiro, María A. González, Julio Raffo, Alura García Tuñón, Delia Bisutti, Rafael Gentili y Adrián Camps en su calidad de diputados electos interpusieron acción de amparo contra el GCBA a fin de que se "...declare la ilegalidad del procedimiento iniciado por dicha autoridad pública relativo a la nominación de una candidata para ocupar un puesto de vocal del TSJBA por violar los plazos expresos establecidos en el dec. 1620/03 que, con carácter de reglamento autónomo de alcance general establece las reglas procedimentales a las que debe sujetarse el Poder Ejecutivo en dicha clase de procedimientos". Al fundar su pretensión señalaron que "[e]l inicio del procedimiento de reemplazo de un miembro del TSJBA antes de que se produzca la vacante correspondiente, con manifiesta vulneración de la reglamentación vigente ocasiona, en el *sub examine*, un perjuicio especial y diferenciado a los derechos políticos ya mencionados de quienes, como los aquí presentantes, deberíamos intervenir en la formación de la voluntad de la Legislatura, en caso que dicho procedimiento se realizara conforme al debido proceso legal, es decir, conforme a las normas que regulan dicho procedimiento".

En la demanda se solicitó que con carácter cautelar se ordenara "...al Poder Ejecutivo y a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no innovar en el procedimiento de nominación en curso, y abstenerse de realizar todo acto que implique un avance en el desarrollo del procedimiento de nominación, hasta tanto se dicte sentencia en esta acción de amparo".

La citación de la candidata propuesta no fue requerida por los actores ni dispuesta por el juzgado interviniente.

Expte. nº 35.121/0 "Grodnitzky, Enrique Fabio s/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", tramitado ante la Secretaría Nº 8 del Juzgado CAyT Nº 4.

El actor, para sostener su legitimación, dijo: "…soy habitante de la Ciudad, como acredito con copia del domicilio constituido que tengo en la Ciudad para el ejercicio de la profesión liberal (...), soy mayor de edad, estoy interesado en la participación del período de adhesiones a la candidatura de nuevo ministro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habiéndoseme privado de tal participación y, por ende, vulnerado los derechos constitucionales a la participación, expresión, libertad individual y colectiva…" (fs. 1). Fundó su petición en el art. 18 del PIDCP; arts. IV, XX y XXIV de la DADDH; arts. 4° y 19 de la DUDH; art. 1°, 19 y 36 de la C.N.; art. 6°, inc. i) de la ley nacional 25.188 y en los decretos locales 514/91 y 1620/03.

En ese marco el accionante pidió que se dictase la medida cautelar pertinente para salvaguardar los derechos que pretendía ejercer con su acción. Acordada la tutela cautelar, el GCBA, mediante la Procuración de la Ciudad, se presentó y sostuvo que la medida se había tornado de cumplimiento imposible en atención a que

la propuesta ya había sido elevada a la Legislatura. Por su parte, la Dra. Ugolini se notificó espontáneamente de la medida y la apeló con sustento en que la suspensión del procedimiento de designación se basaba en causas infundadas y falsas que importaban una obstrucción malintencionada, que afectaba sus derechos de defensa, debido proceso y propiedad, y constituye una injustificada intromisión, por parte de un magistrado, en las atribuciones y facultades de otros poderes del Estado (fs. 103/109).

Posteriormente, el GCBA, con carácter previo a contestar la demanda en subsidio, planteó incompetencia por entender que "…si se acogiese la presentación del actor, se estaría obligando al juez interviniente a generar, estérilmente, un conflicto de poderes, toda vez que fallaría con manifiesta incompetencia y ausencia de jurisdicción, por inexistencia de caso proponible. Tal extremo excitaría, por su parte, la jurisdicción originaria del tribunal cimero de la jurisdicción" (fs. 117). La incompetencia fue rechazada y ese pronunciamiento recurrido. La apelación fue desestimada en atención a que el planteo efectuado no se encuentra entre los contemplados en el art. 20 de la ley 2145 y, además, porque la competencia habría sido consentida con las presentaciones anteriores del GCBA. El Gobierno interpuso queja ante la Cámara, lo que dio lugar a la formación de un incidente a tal efecto.

Finalmente se dictó sentencia haciendo lugar al amparo, decisión que fue apelada sin que a la fecha se hubiera resuelto el recurso planteado.

Expte. nº 34.975/1 "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar", tramitado ante la Secretaría Nº 6 del Juzgado CAyT Nº 3.

La acción fue iniciada por un vecino de la CABA, que no invoca expresamente ese carácter que surge de la copia del DNI acompañada con posterioridad al inicio del proceso. Previamente, Cabrera había presentado un pedido de vista ante la Subsecretaría de Justicia en el que requirió información adicional a la publicada sobre la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo para ocupar el cargo de jueza de este Tribunal, así como mayor especificidad sobre algunos puntos informados por los distintos medios. Ante la falta de respuesta, solicitó una "medida cautelar autónoma" para que "…se suspendan los plazos previstos en el art. 3º del dec. 1620/03 hasta tanto la Administración confiera la vista requerida…", sustentada en la publicidad de los actos de gobierno que surgiría del art. 1° de la CCBA y en el derecho a la información que entiende garantizado por el art. 12.2 de la CCBA y regulado, para lo relativo a esta situación, por el dec. 1620/03.

La cautelar fue concedida. El Poder Ejecutivo se presentó con el objeto de hacer saber que esa medida precautoria resultaba de "…cumplimiento imposible, habida cuenta de que el Jefe de Gobierno ya elevó a la Legislatura la propuesta de designación de la Dra. Ugolini…" (fs. 250). Ante esa presentación, el juez dispuso "…póngase en conocimiento de los señores legisladores de la Ciudad de Buenos Aires que la medida cautelar dictada en autos ha quedado consolidada en virtud de la presentación efectuada por el Procurador General Adjunto de Asuntos Institucionales

y Empleo Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A tal fin líbrese oficio por Secretaría a cada uno de los miembros de la Legislatura…" (fs. 251).

Expte. nº 3522/0 "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", tramitado ante la Secretaría Nº 11 del Juzgado CAyT Nº 6.

El actor, con domicilio real denunciado en la CABA, invocó su calidad de ciudadano y abogado de la matricula de esta Ciudad para promover una acción de amparo "...contra la Junta de Ética de la Legislatura porteña (...) por haber violentado las constituciones nacional y local al iniciar el procedimiento de selección de la candidata al Tribunal Superior de Justicia (...) solicitando se declare la nulidad del acto —despacho de Junta de Ética— por el cual se dio inicio al procedimiento". En tal sentido, postuló que el procedimiento en cuestión "...es nulo de nulidad absoluta toda vez que parte de un vicio insalvable: haber sido iniciado luego de dictadas tres órdenes judiciales que resolvieron que el mismo no debía iniciarse". Fundó la pretensión esgrimida "...en lo normado por los arts. 10, 14 y 108 de la CCBA y 16, 19 y 28 y 75 inc. 22 de la C.N." pues a su criterio "[d]e los hechos denunciados surge que se estarían vulnerando los principios de legalidad y razonabilidad, así como también el propio sistema de división de poderes".

En la demanda se solicitó la suspensión del procedimiento de designación con carácter cautelar.

La citación de la candidata propuesta no fue requerida por el accionante ni dispuesta por el juzgado interviniente.

Por su parte, la Legislatura mediante apoderado apeló la medida cautelar dispuesta y su recurso fue concedido en relación y sin efecto suspensivo.

Expte. nº 35.327/0 "Pisoni, Carlos c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)" acumulado a los autos "Berner".

El actor, con domicilio real en la CABA, invocando su condición de ciudadano porteño e integrante del Observatorio de Derechos Humanos de la CABA promovió acción de amparo contra la Junta de Ética de la Legislatura "...a los fines de que procedan a sujetar su accionar a la constitución local, y a la nacional, en lo que respecta al Proceso de selección Juez del Tribunal Superior de Justicia, candidata Ugolini, propuesta por el Poder Ejecutivo". Al fundar su pretensión invoca el principio de legalidad.

En la demanda se solicitó la suspensión del procedimiento de designación con carácter cautelar.

El magistrado interviniente estimó que los planteos esgrimidos guardaban relación de "interdependencia y subordinación" con los formulados en el expediente "Berner" por lo que correspondía acumularlos para que tramitaran ante el juzgado previniente al que se ordenó remitirlos.

Expte. nº 35.321/0 "Ventura, Leandro Ariel c/Legislatura de la Ciudad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)" acumulado a los autos "Berner".

El actor, con domicilio real en la CABA, invocó su condición de letrado inscripto en el CPACF para apoyar su "...derecho a reclamar y velar por la legalidad en los procedimientos de selección de magistrados en la Ciudad toda vez que los electos serán quienes intervengan en los procedimientos en los que me presentaré como patrocinante, apoderado o letrado en causa propia". En tal contexto, promovió acción de amparo contra la Junta de Ética de la Legislatura porteña a fin de que "se declare la nulidad del despacho" de esa Junta "...por el cual se dio inicio al procedimiento de selección de la Candidata al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad".

En la demanda se solicitó la suspensión del procedimiento de designación con carácter cautelar.

La magistrada interviniente remitió las actuaciones para que tramitaran ante el juzgado en el que estaba radicado el asunto "Berner" en vitud del "...principio de prevención y de acuerdo a lo previsto por el art. 7° de la ley 2145".

7. En los procesos reseñados los jueces de primera instancia resolvieron:

a) "Suspender el procedimiento de designación para cubrir el cargo de juez/a del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad instado por el Jefe de Gobierno mediante el mensaje 117/2009, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos" (expediente "García Tuñón", resolución del 25/9/2009).

b) "Suspender el procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el Sr. Jefe de Gobierno (...) hasta tanto sean subsanados los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información y ésta sea al mismo tiempo, la información transparente, adecuada, veraz, oportuna y completa que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos aplicables" y "[h]acer saber a la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante oficio de estilo, acompañándose copia de la presente" (expediente "Grodnitzky", resolución del 25/9/2009).

Con posterioridad a ello, el actor se presentó y denunció el incumplimiento de la medida cautelar reseñada en atención a que la Junta de Ética de la Legislatura había emitido una resolución que convocaba a audiencia pública para evaluar la propuesta realizada por el Poder Ejecutivo. Ante esa presentación, la jueza dispuso, en lo que aquí importa, "[h]acer saber a la H. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que la medida cautelar dictada en autos se encuentra vigente y firme" y "[o]rdenar a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires proceda en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos a devolver la propuesta remitida por el

Poder Ejecutivo para la cobertura de una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que sean subsanados los vicios que menguan la calidad de la información pública y el derecho de participación ciudadana. Vencido el plazo sin que se haya cumplido con lo dispuesto, se harán efectivas sanciones conminatorias diarias de 500 (quinientos pesos) a ser impuestas respectivamente en la persona de la diputada Victoria Morales Gorleri, y de los diputados Oscar Zago, Carlos Araujo y Cristian Ritondo en calidad de integrantes firmantes de la resol. JEAOC-05-09 de fecha 2 de octubre de 2009" (fs. 14 vta./15), cuatro de los once legisladores integrantes de la Junta. Los integrantes de la Junta de Ética intimados en la resolución se presentaron, apelaron la resolución y denunciaron que lo ordenado resultaba de imposible cumplimiento debido a que las actuaciones habían sido secuestradas por otro magistrado en el marco del expediente "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (expte. nº 35.322/09). La jueza denegó los recursos en atención a que el secuestro mencionado tornaba abstracta la posibilidad de que se hagan efectivas las sanciones conminatorias (fs. 211).

Luego, a fs. 233/236, la jueza dictó sentencia de fondo en la que resolvió "[d]ecretar la nulidad de la etapa previa del procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el señor Jefe de Gobierno Ing. Mauricio Macri a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires por no haberse subsanados los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información y que ésta sea al mismo tiempo, la información transparente, adecuada, veraz, oportuna y completa que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos aplicables". En ese pronunciamiento dejó constancia de que el Tribunal Superior de Justicia había requerido la entrega inmediata de las actuaciones, "…por lo que los errores que haya cometido en el análisis y su debida ponderación se hallan afectados inevitablemente por la presión que ejerce en mi ánimo dicho requerimiento".

Una vez apelada la sentencia, la jueza dispuso que "[a]tento las particularidades e inéditas circunstancias procesales de este expediente a partir de las resoluciones de fecha 29 de octubre, 30 de octubre y 3 de noviembre del corriente año, dictadas en los autos 'Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires c/Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/conflicto de poderes', expte. nº 6836/09, emanadas del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, declino toda intervención en autos por motivos graves de decoro y delicadeza (art. 23 del CCAyT)" (fs. 205).

c) "Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, disponer la suspensión de los procedimientos —en sede administrativa o ante el Poder Legislativo— iniciados por el Poder Ejecutivo, en relación con la

Dra. Daniela Bruna Ugolini para integrar el Tribunal Superior de Justicia, hasta tanto se proporcione información completa veraz y adecuada acerca de los puntos solicitados por el actor. Cumplido ello, deberán realizarse las publicaciones completas que corresponden con arreglo al dec. 1620/03, y otorgar un nuevo plazo de 15 días para que los ciudadanos formulen las observaciones pertinentes". Con posterioridad, ante la resolución de la Junta de Ética de la Legislatura que convocaba a la audiencia pública para que se traten posibles impugnaciones a la candidata a cubrir el cargo de Jueza del TSJBA, el actor denunció el incumplimiento de la medida cautelar (fs. 217) y el titular del juzgado remitió copia certificada de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a los efectos de que se investigue la posible comisión del delito de acción pública tipificado en el art. 239 del C.P. (expediente "Cabrera", resolución del 20/10/2009).

d) "Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el ciudadano porteño Norberto Carlos Berner y ordenar al Presidente de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires Dr. Oscar Zago suspender en forma inmediata el procedimiento dispuesto por la resol. 5-JEAOC-09 hasta que se resuelva la cuestión de fondo planteada en el *sub lite* en forma definitiva (...) La demandada deberá informar detalladamente y dentro del plazo de dos (2) días en las presentes actuaciones el cumplimiento pormenorizado de la presente medida (...) Citar a audiencia de explicaciones a celebrarse en sede del tribunal el día (...) al señor Hugo López Tanco, Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien deberá concurrir muñido de todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/1/2008 a la fecha".

Ante la denuncia de incumplimiento de la cautelar transcripta se resolvió: "Tener por incumplida la resolución de fs. 40/43 (...) *Librar mandamiento* con habilitación de días y horas inhábiles para que el oficial de justicia *ad hoc* se constituya en sede de la Legislatura de la CABA (...) e intime al Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, Lic. Hugo Leandro López Tanco, o quien lo reemplace legalmente y/o resulte ser la máxima autoridad administrativa en dicho momento y/o en cualquier otra dependencia administrativa de la Legislatura de la CABA en donde se hallare, *el expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura de la CABA, todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/8/2008 a la fecha,* proceda su exhibición a los efectos de su compulsa por el oficial de justicia *ad hoc*, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 239

del C.P. de la Nación (...) *Librar mandamiento* con habilitación de días y horas inhábiles para que el oficial de justicia *ad hoc* se constituya en sede de la Legislatura de la CABA (...) e intime al Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, Lic. Hugo Leandro López Tanco, o quien lo reemplace legalmente y/o resulte ser la máxima autoridad administrativa en dicho momento y/o en cualquier otra dependencia administrativa de la Legislatura de la CABA en donde se hallare, a la *entrega del expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura de la CABA, todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/8/2008 a la fecha.* Si se negasen, se procederá a su secuestro (conf. art. 203 del CCAyT). Todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del C.P. de la Nación. Se deja constancia que el oficial de justicia *ad hoc* se encuentra facultado a allanar el domicilio, violentar cerradura y requerir el auxilio de la fuerza pública, en caso que fuere menester (...) Requerir el auxilio de la fuerza pública, con la presencia de dos móviles policiales con dotación completa los que deberán hacerse presente en la dependencia del Tribunal el lunes 26 de octubre de 2009 a las 12:00 hs, a cuyo fin líbrese oficio por secretaría con habilitación de días y horas inhábiles" *(sic)*.

El 26/10/2009 se secuestró documentación obrante en sede de la Legislatura y a fs. 130 del expediente obra nota de devolución del Libro de actas de la Junta de Ética y de cuatro biblioratos.

Finalmente, por resolución del 29/10/2009 al constatar que "...no se encuentra acreditado el cumplimiento de la medida cautelar de fs. 40/43, sino que todo lo contrario, se continuó con el procedimiento previsto en la resol. 5-JEAOC-09, configurándose una clara desobediencia del Presidente de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la CABA, Oscar Zago" la magistrada interviniente resolvió "remitir los presentes obrados mediante oficio de estilo al señor Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional de la Capital Federal a sus efectos" (expediente "Berner", resolución del 20/10/2009).

8. La transcripción anterior basta para mostrar en qué consiste la interferencia que configura el conflicto de poderes planteado en autos. De una parte, el Poder Ejecutivo elevó a la Legislatura una propuesta para cubrir la vacante en el TSJBA. Con ello, concretó una parte de sus atribuciones (nominar) que incluía la de esperar un trámite sin interferencias de su requerimiento, esto es, un pronunciamiento de dicha Alta Asamblea acerca de él en condiciones en que la voluntad de los legisladores pueda ser expresada sin condicionamientos emanados de órganos dotados del Poder Judicial. Esa atribución comprende tanto la facultad de designar, previa

aprobación legislativa por mayoría potenciada, como el deber de cubrir los cargos de jueces vacantes impuesta por el art. 111 de la CCBA para posibilitar el funcionamiento del máximo órgano judicial en las condiciones previstas por el pueblo constituyente. Las diversas medidas cautelares que ordenaron suspender el procedimiento de designación, cuanto menos, impidieron que el Poder Ejecutivo pudiera ver analizada su propuesta por el órgano constitucionalmente encargado de prestar el acuerdo para el cargo de juez de este Tribunal y en las condiciones mencionadas *supra* obstaculizaron así, de un modo que los órganos interferidos no pueden superar por sí, su posibilidad de contribuir, cada uno de ellos conforme lo establece la CCBA, a la designación de juez del TSJBA. Ello así, pues esos pronunciamientos cautelares impedían al Poder Legislativo avanzar con libertad de espíritu con el procedimiento de selección en orden a expedirse acerca del acuerdo requerido por el Ejecutivo para cubrir una vacante en el TSJBA. El cumplimiento simultáneo de las medidas dispuestas por los diversos órganos del Estado resultaba imposible. El Poder encargado de nominar lo hizo. Por su parte, el responsable de aprobar o no esa nominación concluyó el trámite para ponerse en condiciones de expedir o denegar el acuerdo, cumpliendo con la etapa de intervención propia de la Junta de Ética así como la convocatoria a la audiencia pública prevista por el art. 111 de la CCBA. Sin embargo, los diversos pronunciamientos judiciales ya reseñados resolvieron suspender el procedimiento de designación, con lo que impedían que los legisladores brindaran o no, a través de su voto, acuerdo a la candidata propuesta, así como que el Poder Ejecutivo quedara en condiciones de designar o nominar nuevamente.

9. En el marco del conflicto denunciado, ante la imposibilidad de ejecutar de modo simultáneo las reseñadas medidas dictadas por órganos permanentes del Poder Judicial y las que dispusieron el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo como parte del procedimiento de selección de un juez de este Tribunal, corresponderá establecer cuál o cuáles de las competencias ejercidas deben prevalecer a partir de la atribución de potestades que a cada una de las ramas de gobierno mencionadas le asigna la CCBA.

10. A esta altura, entonces, y para poner en contexto el debate, es necesario analizar: *i)* cuáles son las medidas que los jueces pueden disponer; *ii)* en qué marco pueden hacerlo; *iii)* el objeto y sentido del "control judicial" y *iv)* la esfera con que la CCBA resguarda a cada uno de los tres poderes máximos que organiza.

i) Las medidas que los jueces pueden disponer.

Las facultades de los jueces son algo que las constituciones contemplan con categorías relativamente abstractas y desde perspectivas distintas. Un papel central juega a ese fin la noción de "causa", empleada tanto por el art. 106 de la CCBA como, y esto no es tema menor, por el 116 de la C.N. El que da la otra perspectiva es el que arranca del derecho de defensa, garantizado por los arts. 12, inc. 5°, y 13, inc. 3°, de la CCBA y el 18 de la C.N. Una tercera luz se proyecta desde el reconocimiento de la soberanía del pueblo o la noción de sistema republicano de gobierno, previstas en los arts. 1° de la CCBA y arts. 1° y 33 de la C.N., en lo que

nos interesa. Finalmente, el art. 5° de la C.N. impone a los Estados locales el deber de organizarse bajo la forma republicana de gobierno como condición necesaria para beneficiarnos de la garantía federal al goce y ejercicio de nuestras instituciones.

La forma republicana de gobierno supone, en la concepción adoptada por nuestra Nación, la división de poderes. Estas cláusulas constitucionales dan contorno a la función judicial que la Legislatura y el Poder Ejecutivo conceptúan excedida por las medidas cuestionadas.

Por una parte, la idea de causa ha quedado formulada, con mucha anticipación a su empleo por nuestro constituyente, y aun por el nacional, en el precedente "Marbury v. Madison" al quedar establecido que "[l]a competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo, no pueden estar sometidos a la opinión de la Corte". En tal sentido, el mencionado precedente señala que "...cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del Presidente, en aquellos casos en que éste posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de tales actos sólo puede ser político. Pero, cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación" (1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 —1803—, traducido en Miller, Gelli, Cayusso, *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 5/14).

Más allá de otros contornos que el concepto de causa imprime al legítimo actuar judicial, la circunstancia de que la controversia debe versar acerca de la existencia y alcance de derechos (modernamente el campo de los derechos se ha ampliado hacia el que ocupaban los intereses legítimos o aun los simples, aumentando por esa vía la tutela judicial de las situaciones individuales) conlleva que la materia de la que el juez dispone en la sentencia son derechos investidos en los particulares, no, en cambio, medidas de poder público cuyo ejercicio es privativo de los otros dos poderes del Estado.

Al ampliar el universo de tutela al de intereses compartidos por conjuntos de particulares, las medidas judiciales impactan en mayor medida sobre los otros dos poderes, pero, aun así, no invaden sus ámbitos. No podrían hacerlo sin quebrar la división de poderes, base de la forma republicana de gobierno y sin alterar el principio de la soberanía del pueblo, puesto que no son órganos investidos de la representación popular, esto es, que si una constitución local decidiera investirlos de tales poderes se pondría en oposición con la nacional. De este modo, los jueces disponen acerca de derechos patrimoniales (aun los de la Administración pública), reconocimiento público de situaciones de familia o derechos personalísimos; y así como les está vedado dictar medidas propias de los otros poderes, a estos otros el

orden jurídico impide disponer de los derechos de los particulares, o, por lo menos, hacerlo sin que el titular de esos derechos pueda requerir control judicial pleno. Esta es la doctrina del precedente "Fernández Arias" (*Fallos,* 247:646).

Esta situación es regla que proviene del art. 18 de la C.N. y se desgrana en las jurisdicciones locales, en el caso de la CCBA en sus arts. 12 (inc. 5°) y 13 (inc. 3°). Si algo es un derecho, debe haber una acción que permita requerir su tutela judicial. Dicho en otras palabras, si algo es un derecho, no puede el legislador evitar que los jueces dispongan su reconocimiento. Como se trata de un derecho, por hipótesis no cabe imaginar un conflicto con el orden jurídico, aunque sí puede existir una confrontación con el Estado, especialmente en materia patrimonial. Un supuesto particular de la protección de derechos son las medidas judiciales consistentes en anular actos administrativos o prohibir su ejecución. Empero, no se trata de dictarlos, ni siquiera en sentido negativo, sino de poner la esfera de derechos del particular al abrigo de la injerencia estatal ilegítima.

A medida que avanza el universo de derechos reconocidos por el orden jurídico, aparece la conveniencia o practicidad de reconocer la emisión de ciertas medidas propias de otros poderes. Vayan como ejemplo, la emisión de un certificado de libre deuda o la eliminación de su exigencia para inscribir la liquidación de una sociedad comercial, o el otorgamiento de un beneficio previsional. Como principio, los jueces pueden examinar los actos que importen denegación y anularlos, pero, podríamos perfectamente admitir que una ley dispusiera la emisión de sentencias que acordaran unos u otros. Ello, a condición de que el acto fuera reglado, esto es, que no se descargara en el juez el deber de ejercer una discrecionalidad que, en el orden republicano democrático, compete a la voluntad popular por sí o, como ocurre generalmente, por medio de representantes elegidos mediante comicios y que no tienen mandatos de por vida. Los ejemplos dados operan sobre bienes patrimoniales de la Administración, de manera que, en el fondo, el juez siempre mantiene su competencia en el orden de los derechos de los que pueden ser investidos los particulares. Aun así, aquí la regla es la inversa a la enunciada más arriba. Esas medidas son, como principio, incumbencia de la Administración y los jueces solamente pueden dictarlas si el legislador los inviste de esa potestad. A su turno, el legislador no podría hacerlo si esas medidas no pudieran ser despojadas de aquellos de sus aspectos que las hacen privativas de los poderes políticos.

El mecanismo por medio del cual el legislador traslada la decisión final al juez es el reconocimiento de un derecho, subjetivo o de incidencia colectiva, a las personas. El límite está en que no puede reconocer derechos que supongan modificar las competencias distribuidas por la Constitución. Esto vale para todos los poderes. Así como el Poder Legislativo no puede despojar al Poder Ejecutivo ni a sí mismo de aquello de lo que la Constitución los inviste, tampoco pueden quitarlo a los jueces. Son ellos los que deben disponer, de modo final, de los derechos de cada persona con arreglo a derecho, esto es, no con arreglo a su propio arbitrio, cualquiera fuera el valor de éste. Estos supuestos no han dado aún, en nuestra opinión, ocasión a un debate profundo acerca de los límites de la actuación judicial en supuestos de esta

especie. El caso "Pinedo, Federico - Inc. Med. (8-I-10) y otros c/E.N. —dec. 2010/09 s/proceso de conocimiento" (P. 72. XLVI, sentencia del 3/3/2010), no concluyó con una decisión de la CSJN relativa a sus circunstancias iniciales sino a una sobreviniente que, en opinión del Alto Tribunal, lo tornaba abstracto. De cualquier modo, las decisiones de mérito recaídas en ese expediente, más allá de su acierto o error que no cabe aquí analizar, lejos estuvieron de impedir al Congreso el ejercicio de sus competencias sino que apuntaron a asegurar su intervención.

ii) En qué marco pueden emitirse las medidas judiciales según el ordenamiento jurídico vigente.

Un capítulo especial merece la legitimación como requisito constitucional de la actuación del juez. Los jueces tienen en el diseño constitucional nacional, y de ahí se transmite a los locales, la última palabra, una palabra que, como quedó reconocido en los "Hayburn cases" [2 U.S (2 Dall) 409, 410], órgano de otra especie no puede revisar y de la cual no cabe desdecirse una vez que ha pasado a ser *res judicata*. Es decir, se espera que la palabra del juez traiga sosiego, pero tiene la propiedad de las Gorgonas, petrifica (*Fallos,* 137:62, 145:327, 184:137 y 329:5178). Eso lleva a que debamos ser muy cuidadosos cuando escogemos qué decisiones pueden ser sometidas a un juez.

Esto reconoce una dificultad especial cuando la pretensión persigue efectos sobre un universo amplio de personas. En los procesos clásicos, esto se resuelve con facilidad integrando la litis con quienes recibirían el impacto. En algunos supuestos se inviste a ese fin al Ministerio Público de la representación de la sociedad. Tal el supuesto de los procesos que tratan acerca del estado de familia. Cuando la legitimación se expande, como ha ocurrido en las últimas décadas, esto es más complicado. Por ejemplo, cuando admitimos que una persona, aun cuando esté afectada, obre en defensa del ambiente, la decisión impactará sobre otros sujetos. ¿Podrían ser representados estos sujetos por el Estado? Vale señalar que mientras se trata del estado de familia el interés de cada integrante de la sociedad es relativamente tenue, esto es, cabe encarnarlo en la defensa del orden público, en supuestos como el del ambiente es frecuente y natural que los intereses de cada integrante de la sociedad no sean ni tenues ni idénticos o similares al de otros integrantes. Esto hace inapropiado depositar la representación en un órgano del Estado, porque el sujeto ausente no es un incapaz y si permanece inactivo bien puede ello obedecer a que ha adoptado esa actitud como modalidad defensiva de su interés. Recordemos que tener un derecho supone tanto poder ejercerlo como abstenerse de hacerlo. La circunstancia apuntada debe ser medida tanto por el legislador al atribuir derechos como por el juez al interpretar su alcance. Sin que ello pretenda agotar el problema, la ponderación de los diversos intereses afectados por la protección de que se trate respecto del que se vería frustrado por su omisión, constituye un test ineludible.

En verdad, tanto la reciente categorización en derechos subjetivos y de incidencia colectiva como la más antigua de derechos e intereses pueden ser vistas con mejor perspectiva desde el ángulo de la pretensión que motiva la controversia materia del proceso que analizando las características completas de una norma

que impone deberes. Esto no es difícil de entender cuando se parte de la definición de derecho subjetivo clásica con arreglo a la cual éste es el interés o la voluntad jurídicamente protegidos. La protección jurídica subjetiva es tanto la que se da para los supuestos individuales como los colectivos y consiste en poder requerir tutela judicial para el interés protegido. Ello sentado, conviene reparar en una característica de los procesos o, mejor, en uno de los límites subjetivos de la cosa juzgada con que culminan, esto es que la sentencia solamente puede afectar a las partes, no a terceros. Cuando el progreso de la pretensión no puede afectar más que a la parte actora, no suscita dificultades. Cuando, en cambio, el proceso atiende pretensiones indivisibles en un grupo, hay que ser cuidadoso con el efecto que puede tener la sentencia en quienes no litigan en él. Mientras el efecto solamente pueda ser considerado neutro o beneficioso para quien no interviene, siempre desde su perspectiva personal, estamos en ocasión de facilitar la acción al miembro de la clase. Si ese resultado puede ser visto como perjudicial, recuérdese que desde la percepción de quien no litiga, entonces admitir la legitimación puede ser un modo de privar de derechos a quien no interviene.

La CSJN ha decidido recientemente la causa "Halabi" en la cual hizo lugar a la pretensión individual del actor extendiendo la solución a la no formulada por otros individuos que habrían podido colocarse en la situación del actor aunque no lo habían hecho. En el caso, no teorizó el Alto Tribunal, no al menos en plenitud, lo relativo a la extensión de la sentencia a toda la clase. Sin embargo, algunos votos encontraron imposible separar la solución de la reconocidamente legítima demanda de "Halabi" de igual solución para el resto de la clase de quienes habrían podido ser actores. Más difícil es ver por qué se pronunció una sentencia que, según todo parece indicar, extiende sus efectos a las provincias, beneficiarias de la carga de los costos a las empresas de comunicación, o lo que es lo mismo en la práctica a los usuarios, que implanta el artículo declarado inconstitucional. En cuanto a quienes están en la situación de "Halabi", que es de quienes se ocupa la sentencia, la solución es beneficiosa o inocua, razón suficiente de poder extender sin más la solución.

Retomando, esto genera situaciones complejas, especialmente cuando quien es demandado es el Estado, pero más aun cuando los resultados se proyectan sobre quienes no litigan directamente y pueden no querer el progreso de la demanda.

Desde luego, en la teoría de la representación se puede buscar una solución al problema. Quien no litiga, o bien quiere lo que la actora pide o bien quiere negarlo. En el primer caso, queda representado por este gestor de negocios y en el segundo por el Estado. Pero, en uno y otro caso, puede ocurrir que no vea bien atendidos sus intereses, y es difícil o imposible admitir una representación forzada de quien no es un incapaz o una gestión de negocios de quien no es un ausente. Esto ha llevado a la tradicional tendencia a colocar la solución de estas controversias, cuando abarcan a todos los individuos por igual, en el campo de los comicios. Es decir, fuera del campo del control judicial. Ello, no sucede porque no se deba controlar a quienes administran la *res* pública sino porque quien toma el examen es el pueblo, no un ciudadano en particular sino el conjunto. Cuando se admite la tutela judicial del

cumplimiento de una norma a cuyo respecto todos estamos en igual situación, la relación procesal pone al pueblo, por lo dicho, en situación de indefensión.

iii) El objeto y sentido del "control judicial".

Conviene a esta altura de la exposición repasar algunas consideraciones que constituyen doctrina recibida en materia de control judicial. Esta modalidad de examen no se denomina judicial simplemente porque está a cargo de jueces. Este atributo apunta preferentemente al alcance que puede tener dicho examen. Para que sirva a la forma republicana de gobierno debe ser tal que deje incólume todo ejercicio legítimo de las facultades que el sistema deposita en el órgano emisor del acto sometido a examen. Por cierto, tampoco compete al juez hacerlo de oficio, porque no incumbe al juez gestionar intereses, por valiosos que ellos sean, sino reconocer, en su caso, la procedencia de lo que pide ante los estrados del tribunal quien tiene encomendada la referida gestión.

Para controlar a la administración de modo activo están la Legislatura en cuanto examina la cuenta de inversión del ejercicio o la Auditoría en cuanto examina la gestión y da cuenta de su resultado a la Legislatura o, en su caso, al pueblo. Ninguno de estos órganos sustituye a la rama ejecutiva.

Los jueces obran dentro del marco que les brinda una situación subjetiva —titularidad de un derecho subjetivo o de incidencia colectiva o un interés al que la ley brinda protección de índole judicial— cuya tutela les encomiendan el legislador o el constituyente. Su misión es la de restablecer el derecho o el interés tutelado por las vías que dispone el legislador. En este sentido, la palabra control puede llevar a equívoco, puesto que tanto refiere a la acción de fiscalizar o comprobar como a la de mandar o ejercer dominio o preponderancia. En la literatura anglosajona es común denominar *judicial review* a esta modalidad de examen, reservando la idea de control para supuestos en que se puede sustituir la voluntad del controlado. No intento formular propuestas semánticas sino recordar a quienes enfatizan el alcance del control a cargo de los jueces que ese control, para conceptualizarlo con precisión, debe venir calificado por el adjetivo "judicial". De lo contrario, probablemente lo que se afirme será excesivo.

Para decirlo en breves palabras, si el control tiene cabida dentro de una causa, instada por quien con arreglo a la ley está legitimado a ese fin por encontrarse en situaciones que posibilitan tutela de esa especie, se desarrolla en el exclusivo ámbito de establecer la legitimidad del acto controlado y desemboca en medidas que pueden ser dispuestas por jueces, constituye entonces una carga que los Estados locales deben cumplir para gozar de la garantía federal del art. 5° de la C.N. Si se trata de un "control" por fuera de esos parámetros o, en supuesto extremo, "control" a secas, ejecutado por jueces, se contraviene tanto el principio de la soberanía del pueblo como la forma republicana de gobierno, con lo cual se incumple el citado art. 5°, y ni aun la imposición de semejante control por un poder político al otro, una sujeción del Poder Ejecutivo al Poder Judicial dispuesta por ley, por ejemplo, ni la claudicación por parte de uno de ellos, caso de una autolimitación no permitida por la CCBA, salvarían este hipotético control, porque la división de

poderes contenida en la CCBA no es disponible por ninguno de los altos poderes permanentes que ella crea.

iv) La esfera con que la CCBA resguarda a cada uno de los tres poderes máximos que organiza.

La CCBA, siguiendo el criterio de la Constitución Nacional y de sus antecedentes, reconoce resguardos y mecanismos de protección, a cada uno de ellos, frente a la posible interferencia de los otros en sus esferas de atribuciones. Uno de ellos es la propia regla interpretativa según la cual cuando un poder tiene asignada una función, los otros deben abstenerse de intentar cumplirla. Esta regla ha sido recordada en el precedente "Kilbourn v. Thompson" de 1880 (103 U.S. 168), citado en tiempos relativamente recientes en "Franklin v. Massachussets" (505 U.S. 788) de 1992 y no abandonado por la Corte Suprema estadounidense. En ese antiguo precedente se destacó que "[t]ambién es esencial para el funcionamiento con éxito de este sistema [división de poderes] que a las personas a las que se ha confiado poder en cualquiera de estas ramas no se les permita usurpar los poderes confiados a las otras, sino que por la norma que lo crea se limite al ejercicio de los poderes adecuados a su propio departamento y no otro (...) También sigue siendo cierto, como regla general, que los poderes confiados por la Constitución a uno de esos departamentos no puede ser ejercido por otro".[37]

A ese respecto, existe un privilegio expreso, que garantiza a los legisladores, y, por su intermedio, al cuerpo que forman, en el art. 78 de la CCBA el desempeño de sus competencias libre de molestias. Allí se establece que "[n]ingún 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". Por una parte, quedan así a salvo las opiniones y también los votos, ambos protegidos de toda injerencia, aun de la judicial. Esto avanza sobre el texto de la Constitución Nacional que no contempla los votos sino las opiniones, si bien vale señalar que la tutela de las opiniones había sido considerada como abarcando los votos *in re* "Kilbourn v. Thompson". En este precedente, la Corte Suprema de los EE.UU. encuentra el origen del privilegio e inmunidad del Art. I Sección 6 cl. 1 de la Constitución de los EE.UU., a su vez inspirado en el *Bill of Rights* inglés de 1689 en el cual la protección está expresamente pensada para la hipótesis de persecución judicial. Concretamente, establece "[q]ue la libertad de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no debe se juzgada ni investiga-

[37] En idioma original: "[i]t is also essential to the successful working of this system that the persons intrusted with power in any one of these branches shall not be permitted to encroach upon the powers confided to the others, but that each shall by the law of its creations be limited to the exercise of the powers appropriate to its own department and no other (...) It also remains true, as a general rule, that the powers confided by the Constitution to one of these departments cannot be exercised by another".

da en ningún tribunal o lugar distinto del Parlamento".[38] El reconocimiento de la fuente llevó a que en el citado precedente "Kilbourn" quedara establecido que los legisladores no pudieran ser molestados judicialmente por sus decisiones, ni aun cuando se tratara de una ilegítima. Ello ocurría en el caso, pues se había dispuesto un arresto como sanción a quien se había negado a presentar al Congreso ciertas pruebas que obraban en su poder, arresto que la Corte estimó contrario a derecho por invadir facultades propias de la justicia. La inmunidad, entonces, comprende los votos aun cuando sean contrarios al orden jurídico. Bajo esa comprensión, la función judicial puede privar de validez al arresto ilegítimo pero no impedir o sancionar a los legisladores por la emisión de su voto.

El privilegio en cuestión es funcional, esto es, aun cuando está expresado como una tutela a los individuos que ostentan el cargo, ha sido entendido como protector de la función más que de que quien la cumple (*Fallos,* 317:365, entre muchos otros).

Además del privilegio expreso al que me vengo refiriendo existe una suerte de privilegio implícito inherente a la función. En este orden milita el del Poder Ejecutivo que no está indicado explícitamente, pero cuya existencia ha sido reconocida invariablemente, aunque con límites adecuados a la función y a la de los otros órganos. Así, en la causa "United States v. Nixon" (418 U.S. 639 —1974—), que fue resuelta en un escenario de generalizada repulsa a la conducta del presidente Nixon, la Corte Suprema de los EE.UU., aunque condenó a Nixon a entregar documentos cuya preservación absoluta pretendía, fijó doctrina en el sentido de que existe inmunidad del Poder Ejecutivo para el suministro de documentos a la Justicia cuando de proteger la función presidencial se trata. Esto es manifiesto en materias como la defensa o las relaciones exteriores y puede ocurrir en otras si acredita el Presidente que es necesario para cumplir su función. Estimó que, en el caso, esa acreditación no concurría, puesto que se trataba de comunicaciones que podían tener relación con la investigación de un delito que habrían cometido personas allegadas a Nixon. En tales condiciones, la Corte balanceó entre la preservación de la función judicial, no menos constitucional que la del Presidente, y la de éste, y encontró que, en las circunstancias del caso, quedaba claro que el juez interviniente mostraba, por una parte, razones más atendibles que las muy genéricas invocadas por el Presidente, y, por la otra, que el juez había dispuesto que los documentos fueran examinados por el fiscal especial *in camera*, y una vez individualizados aquellos que fueran estrictamente relevantes y no supusieran divulgar asuntos cubiertos por el privilegio presidencial, exhibir judicialmente sólo los que superaran la prueba.

En el precedente que vengo comentando, al fundar el alcance del privilegio mencionado, que no tiene raíz en la letra de la Constitución sino en necesidades inherentes a la función ejecutiva que ella establece, se destacó que "...la Corte ha

[38] En idioma original: "[t]hat the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament".

interpretado la inmunidad explícita conferida por normas expresas de la Constitución respecto de miembros de la Cámara de Representantes y del Senado en virtud de la cláusula de expresión o debate de la Constitución. En razón de que la Corte ha ejercido consistentemente el poder de analizar y demarcar el alcance de los reclamos que surgen del ejercicio de poderes expresos, debe seguirse que la Corte tiene autoridad suficiente para interpretar aquellos reclamos respecto de los poderes implícitos". Entendió, como adelanté, que esa inmunidad o "privilegio de confidencialidad" tenía principal sustento en las funciones del Presidente relacionadas con la seguridad nacional y las relaciones exteriores, pero que, sin embargo, extendían sus efectos a todas las actividades de presidenciales. En ese sentido sostuvo que "[u]n presidente y aquellos que lo asisten deben sentirse libres para explorar las alternativas en el proceso de elaboración de las políticas y la toma de decisiones, y hacerlo en una manera en que pocos se atreverían a hacerlo, excepto en privado".

Sentado lo dicho, el Máximo Tribunal federal estadounidense accedió a desplazar la inmunidad que, en principio, protege al Poder Ejecutivo de la interferencia de los otros poderes del Estado, debido a que entendió que las especiales circunstancias del caso y los bienes en juego lo ameritaban, aunque ello no permitía hacerlo sin el cuidado que la situación requería. Por eso, destacó que las escuchas requeridas se vinculaban con la investigación de un delito y, en ese contexto, optó por hacer primar la función judicial, vital para el mantenimiento de un Estado de derecho. A ello se agregaba, como dije, que el presidente Nixon no había brindado explicaciones suficientes que hicieran pensar que podría estar poniéndose en vilo alguna de las delicadas funciones que competen al departamento ejecutivo. Sin perjuicio de todas esas consideraciones, no dispuso la publicidad de pruebas requeridas sino que ordenó que fuese el tribunal de la causa el que estableciera qué porción de las comunicaciones en juego resultaba relevante para la solución del caso y se resguardase la confidencialidad del resto.

En definitiva, confirmó la decisión de la Corte de Distrito que ordenaba entregar grabaciones de conversaciones mantenidas por el Presidente y colaboradores imputados bajo la "...responsabilidad de ver que a todas las conversaciones presidenciales que no resulten relevantes o admisibles se les otorgue el alto grado de respeto debido al Presidente de los Estados Unidos" por tanto "[a]quellas expresiones o frases que reúnan los requisitos de admisibilidad y relevancia deben ser aisladas; todo el otro material debe ser separado". Además, fue señalado que "...si el argumento a favor del privilegio respecto de materiales citados para ser utilizados en una causa penal se basa solamente en el interés general en la confidencialidad, no puede prevalecer sobre el derecho al debido proceso legal. El privilegio debe ceder cuando exista una específica y demostrada necesidad de producir prueba en una causa penal pendiente" (418 US 639, 1974, traducido en Miller, Gelli, Cayuso, *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 783 y ss.).

En esa línea, la doctrina judicial posterior a "Nixon" claramente establece que las inmunidades protegen a la función encomendada a los órganos a los que los constituyentes se las confieren, sea de modo expreso o implícito, y que para

removerlas por necesidades propias de un proceso judicial sería necesario mostrar que está en juego el ejercicio de la función jurisdiccional que ponga en vilo la misión encomendada a la rama judicial del gobierno; por ello se distinguió entre la necesidad de obtener prueba imprescindible para resolver un juicio penal ("Nixon") del impacto que produce en la función judicial restringir el acceso a una prueba en el marco de un proceso civil de daños ("Cheney", 542 U.S. 367). El privilegio cede ante la imperiosa necesidad de la rama judicial de cumplir su misión y no lo hace cuando la actividad jurisdiccional no corre peligro de quedar frustrada.

Es elocuente la Corte Suprema de los EE.UU. cuando establece que el sentido de las inmunidades reposa en la naturaleza de la función cumplida y no en la identidad de la persona que la ejecuta, así como que su vinculación con el principio de división de poderes conduce a interpretarlas como una herramienta constitucional que permite a cada rama de gobierno ser autosuficiente en la protección de sus atribuciones para evitar el aumento de los poderes de una de las ramas a expensas del debilitamiento de las otras previstas por la Constitución como órganos equilibrados ("Clinton", 520 U.S. 681). Bajo esta perspectiva, la Corte norteamericana ya había sostenido que la inmunidad acordada al Presidente no deja a la Nación sin suficiente protección frente a su mala conducta, para tal supuesto, queda el juicio político como remedio constitucional ("Nixon vs. Fitzgerald", 457 U.S. 731).

11. Despejado lo anterior, conviene destacar que la actuación de los juzgados de primera instancia que nos ocupa involucra, según ya fue reseñado (punto 7), tanto pronunciamientos provisorios como uno definitivo aunque no firme. Bajo la perspectiva que brinda todo el desarrollo formulado y con la finalidad de dirimir el conflicto toca establecer la conformidad de las decisiones judiciales con la división de poderes. Dicho de un modo más directo, establecer la conformidad de esas decisiones con diversas reglas constitucionales básicas íntimamente emparentadas: la inmunidad o privilegio de cada poder frente a la interferencia proveniente de los otros, la necesidad de esperar a que los órganos políticos emitan su pronunciamiento definitivo y que la orden judicial tenga un contenido que no se superponga o sustituya con la potestad propia de los órganos cuyos actos son cuestionados. La definición en torno a tales presupuestos del obrar jurisdiccional tiene aptitud suficiente para determinar la prevalencia constitucional entre las competencias disputadas.

Aplicadas estas nociones a este proceso, reconocer que la nominación, aprobación y posterior designación de un juez de este Tribunal son cuestiones que la CCBA encarga al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, basta para entender que esas atribuciones están protegidas por la inmunidad que, conforme lo ya expuesto, el constituyente asignó a esos poderes.

La solución que vengo propiciando no se apoya en la doctrina según la cual no son justiciables los actos constitucionales o las cuestiones políticas, esto es, las confiadas privativa y finalmente, por la CCBA, a órganos distintos de los permanentes del Poder Judicial. Por el contrario, se sustenta en precedentes y doctrina judicial relativa a las inmunidades de los poderes del Estado frente a las interferencias de otros poderes.

12. Las medidas a propósito de las cuales la Legislatura y el Poder Ejecutivo han planteado el conflicto de poderes impactan manifiestamente en estas esferas de resguardo constitucional. Sin duda, la que lo hizo de modo más intenso y estridente fue la ordenada en el expediente "Berner", que llevó por delante la inmunidad que garantiza el art. 78 de la CCBA a los legisladores al buscar someterlos a un proceso por no acatar una orden judicial inconstitucional. Esa medida implicó en sí una advertencia acerca del riesgo que corrían por votar o aun por desarrollar un trámite previo a la consideración por la asamblea en su conjunto. El fin confeso fue el de evitar que el voto fuera emitido. Este mismo fin tuvieron las medidas cautelares decretadas en el expediente "García Tuñón", así como las determinadas en "Cabrera", donde se dispuso suspender tanto el procedimiento administrativo como el desarrollado ante la Legislatura, con notificación a todos los legisladores de esa resolución. Luego, ante la decisión de la Junta de Ética de realizar la audiencia pública prevista en el procedimiento, se remitieron copias de las actuaciones a la justicia Criminal y Correccional a los efectos de que se determine la posible comisión del delito previsto en el art. 239 del Código, y en "Grodnitzky", donde se dispuso la suspensión del procedimiento de propuesta y luego se establecieron astreintes (que no se hicieron luego efectivas) a algunos de los miembros de la Junta de Ética de la Legislatura para el caso de que dispusieran continuar con el procedimiento. De igual modo, estas medidas constituyen una interferencia con el desarrollo de un proceso legislativo instado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una facultad que le ha sido conferida por la CCBA. Finalmente, en tanto las cautelares de los expedientes mencionados persiguen impedir que el Poder Ejecutivo tome una decisión dentro de sus atribuciones, no constituye un control judicial al producto del proceso administrativo sino un obstáculo a dicho proceso. En una palabra, la protección cautelar acordada en las actuaciones en cuestión vino a impedir no los efectos de un acto de la Legislatura sino la adopción misma de una decisión. La perturbación es evidente, toda vez que presumiblemente los legisladores no querrán incurrir en violaciones de la ley y vienen a recibir el mensaje de los jueces de que es probable que ello ocurra por el obrar del Poder Ejecutivo y aun por el de los propios legisladores.

En definitiva, las diversas medidas cuestionadas constituyen un directo menoscabo de la inmunidad con que el art. 78 de la CCBA protege a los legisladores y, asimismo, interfieren con el tratamiento legislativo de un requerimiento del Poder Ejecutivo. En atención a las particularidades de las situaciones presentadas, resulta ajeno a este mecanismo de intervención que la CCBA pone en cabeza de este Tribunal determinar si el acto definitivo que pudiera dictarse con relación al procedimiento de designación puede o no ser revisado en el marco de un proceso judicial. Sin perjuicio de ello, no caben dudas de que, en cualquier supuesto la intervención judicial hizo caso omiso del deber de respetar el desarrollo de las funciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo sin siquiera preguntarse por la división de poderes y la posibilidad de desarrollar lo que entendieron competencia judicial de un modo que no interfiriera con la actividad de los otros órganos.

Lo expuesto basta para establecer la inconstitucionalidad de los actos de ejecución que ocasionaron el conflicto.

13. Sin perjuicio de ello, proseguir el análisis contribuye a cimentar la conclusión adelantada. A excepción del expediente "García Tuñón", todos los pleitos fueron, según surge del punto 6, promovidos por individuos que invocaron su condición de habitante, ciudadano o abogado matriculado en el CPACF y se consideraron o bien con derecho a defender la legalidad del procedimiento de selección objetado (expedientes "Berner" y "Cabrera") o bien a que la información de la candidata se ajustara a los recaudos que se reputaban exigidos por el dec. 1620/03 y la normativa que estimaban reglamentaria del derecho a la información (expediente "Grodnitzky"). En ambos supuestos, las pretensiones esgrimidas estuvieron orientadas a obtener la declaración de nulidad de actos emitidos durante alguna de las etapas del procedimiento de selección cuestionado. En cambio, en el expediente iniciado por un grupo de legisladores la pretensión consistía en que se "...declare la ilegalidad del procedimiento iniciado por dicha autoridad pública relativo a la nominación de una candidata para ocupar un puesto de vocal del TSJBA por violar los plazos expresos establecidos en el dec. 1620/03 que, con carácter de reglamento autónomo de alcance general establece las reglas procedimentales a las que debe sujetarse el Poder Ejecutivo en dicha clase de procedimientos" (expediente "García Tuñón").

En ninguna de las actuaciones mencionadas fue citada al debate la candidata Dra. Daniela B. Ugolini, aunque sí se presentó espontáneamente en la causa "Grodnitzky".

Las medidas dispuestas, algunas como objetivo central y otras como efecto colateral, apuntaron a impedir un pronunciamiento de la Legislatura antes de que se modificara su composición y una vez que la siguiente ya era conocida. Esto es una cuestión que obviamente no fue puesta por los jueces sino que era el escenario en que les tocaba conocer en los procesos instados. Pero, no podían pasar por alto la consecuencia de una prohibición dirigida a la Legislatura en esas condiciones.

14. Una razón más debió ser aquilatada a la hora de disponer las medidas cuestionadas: el constituyente ha reglado por entero el procedimiento para designar a un juez de este Tribunal. En esto difiere del que consagró para los jueces inferiores, en cuyo supuesto dispuso la intervención del Consejo de la Magistratura, creado en la CCBA, pero dejó librado parte del procedimiento al igual que el número de cargos y las competencias a la ley. Esta circunstancia impone obrar con mucho cuidado cuando se examinan las disposiciones del dec. 1620/03. Ello así, porque, no le compete al Poder Ejecutivo modificar un procedimiento que está concebido por entero en el nivel constitucional, por muy sano que parezca el complemento.

Uno de los aspectos más sensibles de la manda constitucional es que, aunque no impuso plazos al Poder Ejecutivo para formular su postulación, está claro que el cargo está para ser cubierto o, dicho en otras palabras, que el Tribunal debe estar integrado por cinco miembros. Esto no puede ser modificado por decreto, por lo que cualquier disposición contenida en norma de esta jerarquía debe ser interpretada en

armonía con la CCBA. En particular, la CCBA no contempla expresamente derechos de las personas a instar acciones contra una designación de esta especie. Desde luego, no nos corresponde investigar si existe algún supuesto en que pueda asistir derecho a una persona en tal sentido, pero, no es sencillo concebir que esa clase de derecho pueda provenir de una norma de inferior rango a la CCBA sin vulnerar sus mandas. Nada de esto aparece meditado en las medidas cuestionadas.

Tampoco aparece ponderado, en dichas medidas, el interés general en que la vacante quede cubierta con el que tendrían los promotores de las acciones respectivas.

Finalmente, según ya fue dicho, y aunque no nos toca pronunciarnos acerca de sus consecuencias, la candidata cuya postulación se analiza en los expedientes judiciales en trámite no ha sido citada en ninguno de los procesos en cuyo marco fueron dictadas las medidas cuestionadas por el Poder Ejecutivo y la Legislatura. Ello así, no obstante la evidente repercusión que las medidas tienen en la esfera de derechos de la candidata.

15. No es el caso de pronunciarnos aquí acerca de lo que efectivamente se sienten habilitados a disponer los órganos cuyas decisiones han sido cuestionadas sino acerca de aquello a que los habilitan las reglas constitucionales, básicamente, y las legislativas, en su caso. He dicho *supra* que las medidas cautelares decretadas desconocen reglas de rango constitucional, que delimitan la actuación judicial legítima, las inmunidades de los otros poderes, la necesidad de esperar a que los órganos políticos emitan su pronunciamiento definitivo y que la orden judicial tenga un contenido que no se superponga o sustituya con la potestad propia de los órganos cuyos actos son cuestionados.

El requisito relativo a la definitividad del acto no podría estimarse sorteado con base en la regla según la cual en el proceso de amparo no es exigible el agotamiento de la vía administrativa. Ello así, porque el agotamiento se refiere a la carga de utilizar los posibles controles administrativos de actos definitivos antes de acudir a la vía judicial. Esto es, presupone la existencia del acto controlable, y lo que cabe soslayar en las situaciones que dan ocasión al amparo es la exigencia de confiar el más inmediato remedio de una actuación de la administración a ella misma, pero no la de requerir que haya actuado.

16. En suma, las medidas cautelares analizadas en este proceso no pueden ser ejecutadas. En cuanto a la sentencia dictada en autos "Grodnitzky" que dispone "[d]ecretar la nulidad de la etapa previa del procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el señor Jefe de Gobierno Ing. Mauricio Macri a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires por no haberse subsanados los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información y que ésta sea al mismo tiempo, la información transparente, adecuada, veraz, oportuna y completa que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos aplicables" no constituye un impedimento con el alcance referido pues no está firme y no ha dado ocasión

a ejecución (véase punto 6). Sin perjuicio de ello, es evidente que, por su alcance, la condena dispuesta cae bajo la prohibición de ejecución y no podría, llegado el momento, ser cumplida sin vulnerar las reglas constitucionales analizadas en el punto 10 de este voto.

17. Todo lo dicho hasta aquí muestra de modo elocuente que la ejecución de las medidas cautelares analizadas lejos está de pertenecer al universo de asuntos que todos los días resuelven los magistrados con competencia en lo Contencioso Administrativo. Bajo ese rótulo el señor juez de Cámara que alegó en representación del Consejo de la Magistratura recordó supuestos en que la justicia federal o la de la CABA admitieron conocer respecto de pretensiones dirigidas contra actos emitidos por el Consejo de la Magistratura de la Nación relacionados con su intervención en concursos para la selección de funcionarios del Poder Judicial.

Varias son las diferencias en esos supuestos y el que nos ocupa. Las selecciones del Consejo de la Magistratura, tanto de la Nación como de la Ciudad, responden a la matriz propia de un acto administrativo predominantemente reglado según condice con la circunstancia de ser dictado por un órgano que no representa la voluntad del Pueblo. Su actuación está sujeta a un control judicial de legitimidad, a pedido de parte legitimada con interés jurídico suficiente. En tales condiciones, el pronunciamiento que resulta impugnado puede revestir el carácter de definitivo para el órgano demandado. A su turno, puede expedirse acerca de una decisión que dista de ser discrecional para su emisor, el Consejo de la Magistratura. Precisamente, porque la Constitución Nacional y la ley no le asignan ese carácter. El Consejo de la Magistratura, en cualquiera de las jurisdicciones aquí consideradas, debe observar las reglas de los concursos, y dirigir sus acciones a seleccionar a quien muestre el mayor mérito. Las pruebas son de oposición entre competidores y, como lo evidencian los precedentes en cuestión, son los competidores que se estimaron ilegítimamente postergados quienes promueven la impugnación de lo actuado. El caso que nos ocupa está instado por quienes no invocan un derecho fundado en la CCBA sino en uno que derivan de un decreto, cuya posibilidad de limitar un procedimiento reglado en la Constitución de la CABA no puede darse por descontada, aunque no sea ésta la oportunidad de expedirnos acerca de la cuestión. No está previsto en la CABA un procedimiento de oposición sino una decisión discrecional del Poder Ejecutivo seguida de una no menos discrecional de la Legislatura. Tampoco está previsto un concurso. La impugnación no está instada por la candidata sino por quien está en la situación de cualquier habitante o más bien de un "proto ciudadano" a quien se le otorga una capacidad de veto que no tiene el resto y que viene a detener la acción del órgano depositario de la voluntad popular, es decir en la práctica, un súper ciudadano cuya voluntad vale más que la del conjunto expresada por la Legislatura (conf. entre otros "Alemany, Jorge Federico c/Consejo de la Magistratura de la Nación", CNCiv. y Com. Fed., Sala III, CSJN 23/9/2008; "Montanaro, Domingo Esteban c/E.N. – M. Justicia – Consejo Magistratura (concurso 173) s/amparo ley 16.986 —inc. medida", CNCont. Adm. Fed., Sala II, 26/6/2008; "Mattera, Marta del Rosario c/Consejo de la Magistratura

Nacional y otro"; CNCont. Adm. Fed., Sala I, CSJN 9/11/2004; "M. Marta del Rosario c/Consejo de la Magistratura Nacional – resol. 399/01 s/amparo"; CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 27/3/2002; "Recabarren, Ramona Julia c/Consejo de la Magistratura s/amparo" Cámara CAyT de la CABA, Sala II, 9/8/2001; "Gracia, Guillermo c/Consejo de la Magistratura s/amparo", Cámara CAyT de la CABA, Sala II; "Maida Bertelegni c/Consejo de la Magistratura s/amparo" Cámara CAyT de la CABA, Sala II; "Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja" TSJBA, 11/4/2007; "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Buricca, Nora Fabiana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'" TSJBA 20/8/2009). Los extremos reseñados, que distinguen la situación analizada en este conflicto de poderes de las promovidas en el marco de concursos de selección tramitados por un órgano con competencias como las atribuidas al Consejo de la Magistratura, también se advierten en el precedente "Spisso" múltiplemente aludido en la audiencia pública celebrada en autos (conf. TSJBA, "Spisso, Rodolfo Roque c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA), expte. nº 1866/02, sentencia del 27/11/2002).

Así como se postuló el carácter ordinario que revestirían en el ámbito de los juicios CAyT las medidas cautelares analizadas en este proceso, también se aludió a la normalidad que ostentaría el allanamiento dispuesto para acceder a documentación relativa al trámite de designación propia de la Legislatura. En ambos supuestos, la calificación formulada se apoyaba en la circunstancia de que se aludía a institutos previstos en el ordenamiento procesal vigente. Esa predicada condición, sin embargo, aparece postulada sin un examen de lo expuesto más arriba (punto 10, apart. iv).

El representante del Consejo de la Magistratura destacó también que la sentencia recaída en el precedente "García Elorrio" adquirió firmeza cuando la Legislatura consintió el fallo de Cámara que confirmó el de la anterior instancia que había ordenado a ese órgano sancionar la ley de comunas. Esa circunstancia, a su criterio, demostraba que en la Ciudad se puede mandar a legislar por sentencia. Cualquiera fuera el mérito de tal pronunciamiento, hay varias cuestiones que quedaron soslayadas en esa alegación. La primera, este Tribunal, intérprete final de la CCBA en el ámbito de la CABA, no tuvo ocasión de pronunciarse en relación con la validez de la condena referida, ni se aportaron otros datos que permitan postularla como un supuesto admitido por la jurisprudencia de este estrado. Segundo, admitir que el modo en que obraron los integrantes de la Legislatura contemporáneos al fallo citado condiciona el ejercicio de la competencia atribuido a ese cuerpo en sus posteriores conformaciones supone una errada concepción del principio de soberanía del pueblo que, una vez corregida, fulmina toda posibilidad de avalar la "sorpresa" que el representante del Consejo manifiesta en relación con la defensa de las atribuciones que ahora la Legislatura pretende ejercer en autos.

18. En otro orden, cabe señalar que el señor juez Scheibler ha argumentado que el Tribunal no debió convocarlo a defender su competencia para emitir la medida cuestionada pues esa defensa lo pondría en situación de prejuzgar. En

idéntica situación parece entender estarían los otros jueces cuyas medidas dieron lugar al planteo del conflicto. El argumento supone la curiosa creencia de que los jueces son libres de dictar órdenes cuyos fundamentos deben callar; y, como es conjeturable que haya observado, en oportunidad de disponer la medida cautelar, la prudencia que aconseja, haya omitido llevar a conocimiento de las partes lo que estimó razones suficientes para emitir la decisión. No nos es dado pronunciarnos enteramente acerca del apoyo en derecho que pudo tener la providencia, pero, sí señalar, por una parte, que el debate en estas actuaciones no versa sobre el acierto de su decisión, acerca del cual habrá que remitirse a lo que haya expuesto en ocasión de emitirla, sino sobre un punto específico que no lleva al análisis pleno del expediente, a saber, si la interferencia con el proceso de formación de la voluntad de la Legislatura estaba dentro de sus potestades. Por la otra, los pronunciamientos cautelares deben ser fundados, circunstancia que obliga a avanzar en la medida de lo necesario sobre el fondo de la cuestión; y un fundamento suficiente para sostener la medida debería serlo también para sostener la potestad del juez para interferir con los otros poderes del modo en que lo hizo. En otras palabras, no es imprescindible hablar del expediente judicial para contestar un planteo de los del art. 113 inc. 1º, mientras que sí lo es para emitir una cautelar, en la medida suficiente para fundarla en derecho.

No menos necesario es señalar que las razones suficientes para fundar la medida que se disponga, cautelar o definitiva, no pueden quedar en reserva mental del juez. El prejuzgamiento no consiste estrictamente en la exteriorización prematura de esas razones, sino en haberse formado opinión. Desde luego, más grave es emitirla, pero, eso no exime de no formarla anticipadamente. A su turno, las medidas cautelares requieren fundamento y el juez debe poner de manifiesto aquello que legítimamente le dicta la decisión.

La importancia de expresar los aludidos fundamentos, aún con el grado de análisis propio de la instancia cautelar, queda de relieve a poco que se advierta que un elemento sujeto a consideración era justamente establecer si, conforme la CCBA, el ámbito de atribuciones propio de los legisladores en ejercicio y el que corresponde a los diputados electos, encontraba adecuada reglamentación en las previsiones del dec. 1620/03, invocadas por los diputados en el expediente "García Tuñón" o, si se prefiere, establecer si el alcance conferido a esas previsiones dispuestas por el Poder Ejecutivo modificaba el modo en que el constituyente asegura a la Legislatura el ejercicio de sus competencias. Parece elemental señalar que no basta mencionar que existe una regulación positiva para postular automáticamente que ella es válida desde el punto de vista constitucional o que puede dar apoyo a una pretensión como la esgrimida por los legisladores en el asunto resuelto por el juez Scheibler, quien, en la audiencia, se limitó a insistir en que el plazo previsto por el decreto aludido para que el Ejecutivo remita la propuesta del candidato a juez del TSJBA a la Legislatura sugería la verosimilitud del derecho invocado por los legisladores electos en desmedro de las competencias que los diputados en ejercicio pretendieron ejercer al avanzar en el trámite de designación objetado, asumiendo que esa fuente normativa

es la única que en nuestro ordenamiento permitiría deslindar las competencias de diputados con mandato en curso y las de los legisladores electos, objeto central de la pretensión sometida al mencionado magistrado. Asimilar la situación que se pretendió debatir en ese amparo a una que solamente compromete un supuesto de actividad reglada, en función de las previsiones del dec. 1620/03, dista de brindar una explicación constitucionalmente fundada y seria.

Por su parte, la influencia que proyecta sobre este proceso la decisión del juez Scheibler de declarar abstracto el amparo iniciado por los legisladores electos en autos "García Tuñón", en virtud de que ellos asumieron el cargo cuyas competencias entendían comprometidas al demandar, no diluye la necesidad de formular las consideraciones precedentes. Ello así, por las especiales características que ostenta la competencia del TSJBA en el marco de un conflicto de poderes; competencia que, según ya se dijo en autos, resulta ajena a la noción de caso o controversia. Por lo demás, aún en el marco del ejercicio estricto de función jurisdiccional está admitido que los tribunales se expidan pese a la falta de actualidad del asunto, cuando se trata de eventos repetibles que, presumiblemente, no permitirían el dictado de un pronunciamiento en tiempo oportuno ("Roe vs. Wade", 410 U.S. 113).

19. El representante del Consejo de la Magistratura ha sostenido que los poderes que requirieron la intervención de este Tribunal en el conflicto de poderes suscitado no han demostrado que los jueces que dictaron las medidas cuestionadas hayan participado, estimulado o implementado un fraude procesal. Su argumento se centra en que los procesos llegaron a su conocimiento por un sucesivo apartamiento de colegas que no les era dable prever. No escapa al Tribunal la circunstancia de que las causas del apartamiento eran notorias para todos los integrantes del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, si no para todo el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al igual que era por todos conocida la candidata afectada en última instancia por las medidas. Sin embargo, no es a este Tribunal al que incumbe pronunciarse sobre el hecho conjetural que se adelanta a desestimar el Consejero que hizo uso de la palabra. En todo caso, ello incumbiría al propio Consejo, como autoridad responsable de analizar el desempeño de los jueces. Nuestra misión se limita a establecer si las medidas pudieron ser trabadas contra la Legislatura y el Poder Ejecutivo, a cuyo fin no resulta necesario pronunciarnos respecto de la invocada maniobra, pues la existencia o inexistencia de fraude nada predica en relación con la interferencia de competencias bajo estudio en este proceso.

20. A modo de síntesis final, las medidas judiciales que bajo la modalidad cautelar impiden el ejercicio de las potestades conferidas al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en el procedimiento constitucional de designación de un juez del TSJBA no pueden ser ejecutadas. Su cumplimiento, conforme quedó expuesto, desconoce inmunidades reconocidas por la CCBA, impacta directamente sobre competencias privativas de las ramas de gobierno que promovieron este conflicto y, además, lo hace antes de que ellas hubieran podido cristalizar el resultado que les es propio. Por su parte, a la eventual ejecución de la sentencia definitiva dicta-

da en autos "Grodnitzky" le serían aplicables las mismas reglas en tanto también pretende desconocer las previsiones constitucionales vulneradas por las referidas cautelares, por lo que corresponde ordenar que deberán abstenerse de llevar adelante su ejecución.

Por las razones dadas, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general, corresponde hacer lugar a la pretensión esgrimida en el conflicto de poderes en cuanto requiere que las medidas judiciales analizadas en este voto no puedan ser ejecutadas.

La jueza Elizabeth A. Marum dijo:

1. La primera cuestión a abordar se constituye con los cuestionamientos dirigidos a la existencia en el caso de un conflicto de poderes.

La doctrina define tal conflicto como aquella situación que surge como consecuencia de la extralimitación de uno de los poderes del Estado, que directa o indirectamente invade la esfera constitucional o legalmente reservada a otro, o que impide el ejercicio de sus atribuciones; y que el órgano interferido quiera rechazarla. El caso más típico surgiría cuando un poder del Estado interviene en una atribución que, según la Constitución o la ley que lo reglamente, es propia de otro poder —Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 538—. Esta figura jurídica constituye un modo de resolver las cuestiones que puedan suscitarse entre los distintos poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, precisamente a raíz de las variadas funciones que desempeñan, las que en algunas oportunidades pueden llegar a presentar límites difusos, o no perfectamente definidos.

No es frecuente que las constituciones atiendan a los conflictos de poderes, pero ocasionalmente sí lo hacen, estableciendo órganos propios para dirimirlos (p. ej. la de Guatemala adjudica su resolución a la Corte de Constitucionalidad; la de Alemania lo atribuye al Tribunal Constitucional Federal; la de Italia lo encomienda a la Corte Constitucional, la de Yugoeslavia al Tribunal de Garantías Constitucional; la de Costa Rica a la Sala Constitucional de la Corte Suprema). En nuestro país algunas provincias han contemplado el problema en sus constituciones (p. ej. la de Río Negro lo adjudica al Tribunal de Justicia; la de Córdoba al Tribunal Superior, la de San Juan a la Corte de Justicia, todas de modo originario y exclusivo) —Sagüés, ob. cit. pp. 539/541.

Contrariamente, otras constituciones no aluden explícitamente a tales conflictos, lo que sucede en el orden nacional, cuyo texto de 1853 atribuía a la Corte Suprema conocer en "los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia", pero tal facultad no fue contemplada en la reforma constitucional de 1960 —Sagüés, ob. cit., p. 541.

No obstante ello, en los casos en que no se prevé explícitamente el conflicto de poderes existen resortes para encararlos, p. ej. algunos han tenido solución jurídica ante los tribunales, si el órgano afectado lograba que a través de una instancia superior se dejase sin efecto la hipotética invasión realizada por un juez inferior

en asuntos de competencia reservada del órgano invadido; en otras ocasiones han sido resueltos simplemente por el poder involucrado que tuvo más fuerza física; o mediante la intervención federal en el ámbito provincial —Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 224.

Ese no es el caso de la Ciudad de Buenos Aires, cuya Constitución atiende al conflicto de poderes de modo específico, establece un órgano propio para dirimirlo y, a nivel legislativo, regula el trámite procesal para encauzarlo. Todo ello dirigido a asegurar la supremacía constitucional. Así, en el art. 113 inc. 1°, CCBA dispone que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: "*1.* Originaria y exclusivamente de los conflictos entre los Poderes de la Ciudad".

Por ello, es claro que pueden tenerse distintas opiniones acerca de quién y cómo deberían resolverse los conflictos de poderes, posiciones que recoge de modo no uniforme la doctrina, a saber: que la solución no puede darse por la vía judicial sino solo por carriles políticos; que deben ser solucionados por las instancias judiciales ordinarias y extraordinarias ya establecidas; que deben ser dirimidos por la Corte Suprema o Tribunales constitucionales. No obstante ello, es claro que los constituyentes de la Ciudad ya han optado por una y que ella es la única pasible de aplicación en este ámbito territorial.

La intervención del Tribunal Superior en estos casos se encuentra impuesta por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, como tutela de la legitimidad y de la constitucionalidad de los procedimientos y decisiones que los poderes adopten en ejercicio y cumplimiento de los deberes a su cargo, incluido el Poder Judicial.

Asimismo, la ley 402 prevé que cuando alguno de los tres poderes considere que otro poder se arroga atribuciones o competencias que le son propias o se las desconoce por acción u omisión puede promover demanda ante este Tribunal (art. 11), aunque establece una limitación: ella solo puede plantearse cuando el accionante no cuente con suficientes facultades propias para hacer respetar su ámbito de competencia (art. 12). Este último punto fue oportunamente aclarado en la decisión de este Tribunal de fecha 3 de noviembre de 2009, donde se señaló que las facultades a que se refiere la norma no son las de desconocer la medida del otro poder, sino realizar acciones válidas que supongan contrarrestar la medida del otro poder (fs. 272).

En el caso, los poderes Ejecutivo y Legislativo denuncian la interferencia de diversas decisiones judiciales en un ámbito que consideran de su exclusiva y excluyente competencia. De modo que existe entre los poderes una interpretación divergente respecto del alcance de las facultades que respectivamente se atribuyen, sobre la existencia o el ejercicio privativo de una potestad, lo que se traduce en una colisión de atribuciones que es la característica esencial que define los conflictos en los que un poder invoca la existencia de actos que invaden, menoscaban o entorpecen la órbita de su acción. De allí que ambos poderes se encuentren legitimados para iniciar el presente, en el que denunciaron la obstrucción provocada por resoluciones

judiciales que afectaron el proceso de designación de la Dra. Daniela B. Ugolini, en desmedro de competencias propias.

En ese orden de ideas, el caso no puede sino subsumirse en el ámbito de la competencia originaria de este Tribunal, pues las pretensiones deducidas presentan una cuestión que, en tanto se refieren a las atribuciones que la Constitución local otorga a cada uno de los poderes en el trámite de designación de un miembro del Tribunal Superior de Justicia y al concreto ejercicio que de ellas han hecho en el caso, debe ser analizada a la luz de la vía escogida, en la medida en que será menester fijar la existencia y límites de las facultades que le son propias y la excedencia de atribuciones en la que alguno de ellos pudiere haber incurrido.

Ello deja sin asidero toda referencia al *per saltum* —propio de otras jurisdicciones— y la cita que a esos fines se invoca de fallos de la CSJN atinentes al ámbito nacional (el Alto Tribunal ha debido construir diversas justificaciones para legitimar su intervención, como la existencia de poderes implícitos, o a través de una interpretación extensiva del art. 24 inc. 7° del dec. ley 1285/58, ante la ausencia de normativa expresa), en la medida en que en el ámbito local es la propia Constitución de la Ciudad la que determina la intervención del Tribunal Superior en estos supuestos. Es que justamente por hallarse prevista como una competencia originaria, privativa y excluyente, no corresponde que esta cuestión sea resuelta a través de vías recursivas y luego de la participación de instancias jurisdiccionales anteriores.

Partiendo de tales premisas, es claro que la intervención de este Tribunal debe limitarse al análisis de los actos que han sido denunciados como obstructivos de la competencia de otro poder, sin decidir las cuestiones propias de aquellos procesos, pues el objeto del presente es delimitar las atribuciones de los poderes y no resolver acerca de derechos subjetivos individuales. Ello así, en la resolución del 30 de septiembre ppdo. se dejó constancia que el presente no tiene por objeto la revisión de sentencias judiciales, sino asegurar que cada uno de los poderes puedan ejercer las competencias que le asigna la Constitución de esta Ciudad (fs. 234). Ello fue reiterado en la decisión del 3 de noviembre de 2009 en la que se dijo que en el presente nada corresponde decidir sobre las pretensiones planteadas en los expedientes que originaron la denuncia, limitándose el Tribunal a determinar si la función jurisdiccional ha sido ejercida con interferencia de competencias propias de otro poder y a dictar, en su caso, las medidas autorizadas legalmente, a fin de restituir a su cauce constitucional el ejercicio de facultades que pudieren estar afectadas (fs. 272).

Es dable recordar que este tipo de demandas por conflicto de poderes tienden a preservar el ejercicio de las funciones propias de cada uno de los poderes establecidos constitucionalmente, lo que es coherente con la doctrina de división de poderes cuyo fundamento radica en asegurar el normal desarrollo de las instituciones establecidas en la Constitución local.

2. Respecto de esta última cuestión, destaca la doctrina que la separación de las funciones gubernamentales constituye la técnica más eficiente para evitar la

concentración del poder con su secuela inevitable de abuso del poder y consecuente degradación de la libertad y dignidad de las personas. La distribución del ejercicio del poder estatal entre los diversos órganos del gobierno requiere la instrumentación de un delicado equilibrio y coordinación para evitar la atrofia o ineficiencia del poder y, al mismo tiempo, una sutil técnica de controles recíprocos para impedir que su manifestación desborde los límites impuestos en salvaguarda de los fines humanistas que caracterizan a las sociedades políticas democráticas (Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 1275).

Tal separación permite un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el gobierno del Estado, una vida interior permanente y continuada, al mismo tiempo que una garantía de libertad. Con ello se logra una disposición de las cosas mediante la cual el poder limita al poder, sobre la idea de que cada uno de los poderes debe tener la facultad de moderar a los demás poderes (Hariou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Reus, Madrid, 1927, trad. por Ruiz del Castillo, Carlos, pp. 377/378).

Al respecto, la Corte Suprema ha referido que "… dentro del sistema republicano de gobierno establecido por Constitución Nacional, el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado pues, aunque cada uno de ellos tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario, se descompensaría el sistema constitucional, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales…" (CSJN S. 1549. XXXII PVA "Soria, Carlos Ernesto s/su presentación", del 5/11/1996).

Asimismo, señaló que el principio de división de poderes "se vincula con el proceso de constitucionalismo de los Estados y el desarrollo de la forma representativa de gobierno. Es una categoría histórica, fue un instrumento de lucha contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política. Se presenta como un sistema de restricciones a la actividad del poder para garantía de la libertad individual. Por él se reparten las atribuciones de la autoridad y se regula su acción en función de la preservación de la libertad, atribuyendo a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía, que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional. Es un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad, que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una necesaria coordinación. En rigor, se trata de una teoría sobre la actividad del poder en el Estado, que atribuye a los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales el nombre de poderes y formula una división funcional del poder político con miras a garantir la libertad individual" (CSJN, "Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional —Ministerio de Economía, Banco Central", del 27/12/1990).

Es por ello que, según se ha expresado, el principio de división de poderes no solo establece la existencia de compartimentos funcionales estancos, en los que un poder del Estado se vea impedido de asumir las funciones asignadas a otro, sino además la creación de un sistema en el que cada poder posee facultades de control o de conformación de los restantes. Esto ha sido denominado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente el sistema de "pesos y contrapesos", cuyo objeto es evitar las excesivas concentraciones de autoridad y poder en ciertos órganos y proteger los derechos de los individuos.

3. Seguidamente dejaré constancia de las medidas judiciales tomadas en las actuaciones que tramitan ante los juzgados del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad, que han sido objeto de cuestionamiento, a fin de abordar, posteriormente, las objeciones dirigidas a ellas.

Así, en el proceso caratulado "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo" (expte. nº 35.121/0) la Dra. Elena A. Liberatori, titular del Juzgado CAyT Nº 4, resolvió el día 25 de septiembre de 2009 suspender el procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el Sr. Jefe de Gobierno, Ing. Mauricio Macri, a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, hasta tanto sean subsanados los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información, y que ésta sea al mismo tiempo transparente, adecuada, veraz, oportuna y completa que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos (fs. 87/91 del expte. nº 35.121/0). Posteriormente, el 22 de octubre de 2009 y debido a que la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la CABA había emitido una resolución que convocaba a audiencia pública para evaluar la propuesta realizada por el Ejecutivo, la magistrada dispuso hacer saber a la Legislatura que la medida cautelar se encontraba vigente y firme; así como también ordenar a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos que proceda en el plazo de dos días hábiles a devolver la propuesta remitida por el Poder Ejecutivo para la cobertura de una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la CABA, a fin de que sean subsanados los vicios que menguan la calidad de la información pública y el derecho de participación ciudadana. Se decidió, asimismo, que vencido el plazo sin que se haya cumplido con lo dispuesto, se harían efectivas sanciones conminatorias diarias de $ 500 a ser impuestas respectivamente en la persona de la diputada Victoria Morales Gorleri y los de los diputados Oscar Zago, Carlos Araujo y Cristian Ritondo en calidad de integrantes firmantes de la resol. JEAOC-05-09 de fecha 2/10/2009 (fs. 148/150 del expte. nº 35.121/0). El 29 de octubre de 2009 la Dra. Liberatori dictó sentencia en la que resolvió decretar la nulidad de la etapa previa del procedimiento de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el Jefe de Gobierno a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la CABA por no haberse subsanado los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información y que ésta sea al mismo tiempo, transparente, adecuada, veraz, oportuna y completa, que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos aplicables (fs. 233/236 vta. del expte. nº 35.121/0).

En las actuaciones caratuladas "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar" (expte. nº 34.975/1), que tramitan ante el Juzgado CAyT Nº 3, Secretaría Nº 6, el Dr. Roberto A. Gallardo dictó, el 25 de septiembre de 2009, una medida cautelar en idéntico sentido, es decir, dispuso la suspensión de los procedimientos —en sede administrativa o ante el Poder Legislativo— iniciados por el Poder Ejecutivo, en relación con la propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini para integrar el Tribunal Superior de Justicia, hasta tanto se proporcione información completa, veraz y adecuada acerca de los puntos solicitados por el actor (fs. 64/68 vta. del expte. nº 34.975/1). El 13 de octubre de 2009 resolvió remitir copia certificada de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a los efectos de que se investigue la posible comisión del delito tipificado en el art. 239 del C.P. (fs. 318 del expte. nº 34.975/1), en virtud del dictado de la resolución de la Junta de Ética de la Legislatura que convocaba a la audiencia pública para que se traten posibles impugnaciones a la candidata a cubrir el cargo de jueza del Tribunal Superior de Justicia.

En igual sentido se resolvió en las actuaciones caratuladas "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo" (expte. nº 35.117/0), tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 13, Secretaría Nº 25, a raíz de un planteo presentado por individuos en carácter de diputados electos. Allí, el Dr. Guillermo Scheibler decidió, el 25 de septiembre de 2009, suspender el procedimiento de designación para cubrir el cargo de Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad instado por el Jefe de Gobierno mediante el Mensaje 117/2009, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos (fs. 18/22 vta. de dichas actuaciones). El 14 de diciembre de 2009 resolvió declarar extinguido el objeto del proceso (fs. 87/88, del expediente citado).

En el expediente "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (nº 35.322/0), tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 6, Secretaría Nº 11, el Dr. Roberto A. Gallardo resolvió con fecha 20 de octubre de 2009, hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Presidente de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Oscar Zago, suspender en forma inmediata el procedimiento dispuesto por la resol. 5-JEAOC-09 hasta que se resuelva la cuestión de fondo planteada en forma definitiva; citar a audiencia de explicaciones a celebrarse el 22 de octubre de 2009 al señor Hugo López Tanco, Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien deberá concurrir muñido de todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/1/2008 a esa fecha (fs. 40/43 vta.). Posteriormente, presentada denuncia de incumplimiento de dicha medida cautelar, la Dra. Patricia G. López Vergara resolvió el 23 de octubre de 2009, tener por incumplida la resolución, librar mandamiento con habilitación de días y horas inhábiles para que el oficial de justicia *ad hoc* se constituya en la sede de la Legislatura de la CABA e intime al Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, o a quien lo reemplace legalmente y/o resulte ser la máxima autoridad administrativa en dicho momento y/o en cualquier otra dependencia administrativa

de la Legislatura de la CABA en donde se hallare, el expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la CABA en relación con la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura de la CABA, todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/1/2008 a esa fecha, proceda a su exhibición a los efectos de su compulsa por el oficial de justicia *ad hoc*, bajo apercibimiento de lo previsto en el art. 239 del C.P. Asimismo dispuso librar mandamiento con habilitación de días y horas inhábiles para que el oficial de justicia *ad hoc* se constituya en la Legislatura e intime a los precedentemente mencionados a la entrega del expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la CABA en relación con la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura, todas las resoluciones y actas dictadas por dicha Junta desde el 1°/1/2008 a esa fecha. Se dispuso que, en caso de negarse, se debía proceder a su secuestro. Todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del C.P. Se dejó constancia que el oficial de justicia *ad hoc* se encontraba facultado para allanar el domicilio, violentar cerradura y requerir el auxilio de la fuerza pública, con la presencia de dos móviles policiales con dotación completa los que debían hacerse presente en el tribunal el lunes 26 de octubre de 2009 a las 12.00 hs, a cuyo fin se dispuso librar oficio con habilitación de día y hora inhábiles (fs. 86/87 vta. del expte. nº 35.322/0). El 26/10/2009 se secuestró documentación obrante en la sede de la Legislatura (fs. 109/110 vta. del expte. nº 35.322/0). El 29/10/2009 la Dra. López Vergara resolvió remitir los obrados a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital "a sus efectos", por haber considerado que el Sr. Oscar Zago se encontraría *prima facie* incurso en el delito tipificado por el art. 239 del C.P. al haberse continuado con el procedimiento previsto en la resol. 5-JEAOC-09, lo que configura una clara desobediencia a la medida cautelar dispuesta (fs. 144/144 vta. del expte. nº 35.322/0).

4. Corresponde recordar seguidamente la regulación del proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia.

La Constitución de la Ciudad dispone expresamente que el Jefe de Gobierno es quien propone a los integrantes del Tribunal Superior de Justicia (art. 111). Exige, asimismo, el acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura y reclama, posteriormente, la designación por el Jefe de Gobierno (arts. 104, inc. 5° y 111, CCBA). A su vez ella fija los requisitos que deben reunir los candidatos al dicho Tribunal (art. 112, CCBA).

De modo que se trata de un acto de los denominados complejos, en el que la selección de los candidatos y su nombramiento, en las distintas etapas ha sido confiado a los poderes Ejecutivo y Legislativo, siendo, en principio, ajena la intervención del Poder Judicial.

Ello no implica, sin embargo, que dicho poder no pueda ejercer control alguno sobre la actividad privativa de aquellos poderes, ni tampoco que tal control resulte ilimitado. Fijar la frontera de la potestad judicial en tales cuestiones es un

punto de suma trascendencia, pues no puede perderse de vista que la división y el equilibrio de los tres poderes es un requisito ineludible de la independencia de cada uno de ellos.

5. Surgen entonces, a partir del presente caso, diversos interrogantes: ¿quién controla?, ¿qué se controla? y ¿cuándo se controla?

Respecto del mencionado en primer término, no cabe soslayar que es regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere, respectivamente (CSJN *Fallos,* 53:420; reiterado por el Dr. Maqueda en *Fallos,* 328:2056 "Simón, Julio Héctor y otros", consid. 14º, del 14/6/2005, y "Bussi, Antonio Domingo c/Estado nacional —Congreso de la Nación, Cámara de Diputados— s/incorporación a la Cámara de Diputados" B.903.XL, consid. 43º, del 13/7/2007). En este sentido, se sostiene que el Poder Legislativo puede y debe ser intérprete de la Constitución, no solo cuando sanciona leyes, sino también cuando realiza el largo rosario de actos constitucionales que la Constitución le encomienda: v. gr. controlar al Poder Ejecutivo, revisar los decretos de necesidad y urgencia emitidos por el presidente, decretar o no el estado de sitio, aprobar el presupuesto, etc. Le toca desaprobar proyectos de leyes inconstitucionales y derogar las vigentes que padezcan de tal vicio (Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis, Buenos Aires, p. 209). No obstante, en un sistema republicano no resulta admisible que el mismo órgano que ejerce una función sea, a su vez, el único encargado de controlar la conformidad con las normas de tal ejercicio. Los controles interórganos son recíprocos y ello constituye la base de la división de poderes.

En este marco, ninguna duda cabe de que el Poder Judicial tiene a su cargo no solo el ejercicio de la función jurisdiccional, sino el papel de control de constitucionalidad de normas y actos de los otros poderes, el que se ejerce dentro del ámbito de aquella función y en un caso concreto.

En orden al segundo interrogante planteado, es decir cuál es el aspecto controlable por el Poder Judicial en aquellas facultades que han sido constitucionalmente confiadas a otros poderes, el Máximo Tribunal de la Nación ha ido delineando su posición ampliando los aspectos que pueden ser objeto de control —tal como extensamente han reseñado las partes denominándolo, con palabras de la propia Corte, "desmantelamiento de la anterior doctrina"—, aunque también ha circunscripto el ámbito en el que él no puede interferir.

Así, en el ya citado por las partes fallo "Nicosia" la CSJN dijo que pertenece al Poder Judicial "juzgar si el ejercicio de una atribución, incluso irrevisable en su fondo, ha sido ejercida dentro del ámbito y con arreglo a las formalidades que estableció la propia Constitución..." y que los jueces se encuentran "habilitados para examinar la existencia y extensión de facultades privativas, con el fin de determinar si la cuestión debatida es de las que incumbe resolver solo a las autoridades titulares de aquélla..." 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)…" (CSJN *Fallos,* 316:2940, "Recurso de hecho deducido por la defensa" en la causa "Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja", del 9/12/1993, consid. 17).

En este punto, sostuvo también la Corte que "...siguiendo el modelo de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren dichas potestades para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una'cuestión política' inmune al ejercicio de la jurisdicción ('Baker v. Carr', 369 U.S. 186). Ello, porque ...esclarecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones exige interpretar la Constitución y tal misión permitirá definir en qué medida —si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial" ("Power v. Mc. Cormack", 395 U.S. 486) (CSJN, B.903.XL, "Bussi, Antonio Domingo c/Estado nacional —Congreso de la Nación, Cámara de Diputados— s/incorporación a la Cámara de Diputados", consid. 4º, del 11/10/2001; C.659.XXXIV, "Chaco, Provincia del c/Estado nacional —Senado de la Nación— s/acción declarativa de inconstitucionalidad", consid. 5, del 24/11/1998, entre otros).

Asimismo destacó que "…sí será propio de su competencia, por vía del recurso extraordinario, considerar las eventuales violaciones —nítidas y graves— a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio" (CSJN, B. 450 XXXVI, "Recurso de hecho en autos, 'Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento'", consid. 9º, del 11/12/2003).

No obstante, hay un ámbito de actuación inmune a la revisión judicial en materia de facultades privativas que fue reiteradamente señalado por el Máximo Tribunal de la Nación.

En ese sendero, indicó que respecto de actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que le son privativas "… la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (*Fallos,* 254:43)…" (CSJN, D. 218.XXXIII, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado nacional- s/amparo ley 16986", rta. el 7/5/1998; CSJN, "Bussi, Antonio Domingo c/Estado nacional —Congreso de la Nación, Cámara de Diputados s/incorporación a la Cámara de Diputados—", consid. 4º, del 11/10/2001; P.475.XXXIII, "Prodelco c/Poder Ejecutivo Nacional s/amparo", del 7/5/1998 y sus citas; "Bussi, Antonio Domingo c/Estado nacional —Congreso de la Nación, Cámara de Diputados— s/incorporación a la Cámara de Diputados" B.903.XL, consid. 5º, del 13/7/2007; C.659.XXXIV, "Chaco, Provincia del c/Estado nacional —Senado de la Nación— s/acción declarativa de inconstitucionalidad", del 24/11/1998; "Zaratiegui, Horacio y otros v. Estado nacional s/nulidad de acto legislativo", del 6/12/1988, entre otros). Tampoco compete al Poder Judicial "en materias propias de los otros poderes... decidir acerca del acierto, oportunidad y conveniencia, pues sólo la invocación del menoscabo de derechos o garantías de aquella índole [derechos o garantías establecidos en la Constitución] puede autorizar la intervención de los jueces..." (voto del Dr. Fayt, disidencia, en "Luis Armando

Balaguer v. Nación Argentina —Honorable Senado de la Nación Argentina—, del 31/3/1993). Posteriormente, dijo: "No podrá la Corte sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, el juicio sobre la conducta de los jueces" (CSJN, B. 450 XXXVI "Recurso de hecho en autos 'Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento'", consid. 9º, del 11/12/2003). Y que "ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado al juicio de remoción e inhabilitación, constituyen materia de pronunciamiento, dado que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sustituya al criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado" (CSJN, "Trova, Facundo Martín s/jurado de enjuiciamiento", del 10/11/2007, consid. 11º, y sus citas).

Asimismo, y en cuanto al aspecto que sí es revisable, volvió a establecer otra limitación. Decidió que "solo patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante estos estrados, y siempre y cuando sea acreditado por el recurrente no sólo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso" (CSJN, *Fallos,* 316:2940, "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa: 'Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja'", del 9/12/1993, consid. 10; "Trova, Facundo Martín s/jurado de enjuiciamiento", del 10/11/2009 y sus citas; "Torres Nieto, Mirta Carmen s/su enjuiciamiento", del 13/3/2009).

Sentado ello, cabe abordar el tercer interrogante precedentemente planteado, es decir la oportunidad en que el Poder Judicial puede controlar los actos inherentes al ejercicio de facultades privativas (en los aspectos ya delimitados que resultan controlables). Sobre el punto, es dable afirmar que procede luego de la intervención de los órganos que tienen a su cargo la respectiva función, es decir que son revisables aquéllos que revistan el carácter de definitivos o equiparables.

Por ello, el control judicial de los actos realizados por los otros poderes que, conforme la Constitución local, tienen a su cargo el proceso inherente a la designación de un juez del Tribunal Superior lo fue, en las actuaciones cuestionadas, en forma anticipada.

Al respecto, es criterio de nuestro Máximo Tribunal de la Nación que al momento en que el Poder Judicial deba revisar decisiones de órganos con competencias específicas asignadas constitucionalmente no solo debe adoptar una extremada prudencia sino además un estricto criterio restrictivo y solo lo debe hacer respecto de decisiones definitivas.

Así, y si bien específicamente en cuanto a procesos de remoción de magistrados, la Corte Suprema ha afirmado que "…en lo que concierne a la totalidad del procedimiento de remoción de jueces federales de primera y segunda instancia, que el art. 115 de la C.N. no excluye el control judicial de constitucionalidad; y que dicha revisión únicamente será admisible, ante el recurso del juez afectado, en la instancia del art. 14 de la ley 48 y sólo *con respecto a las decisiones definitivas —o que resultasen equiparables a tal—* del Jurado de Enjuiciamiento de

Magistrados, con el preciso y riguroso escrutinio que surge de los considerandos precedentes…" (CSJN del voto de los Dres. Vázquez y Boggiano, B. 450 XXXVI "Recurso de hecho en autos: 'Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento'", rta. el 11/12/2003). En el mismo sentido, en la causa citada se pronunció el Dr. Maqueda refiriendo que "…corresponde reiterar la necesidad de mantener una extremada prudencia y un estricto criterio restrictivo al momento de resolver la revisión, en esta instancia extraordinaria, de *decisiones definitivas* de los órganos destinados por la ley fundamental para juzgar la conducta de funcionarios públicos…" (el destacado es propio).

El mismo criterio fue sustentado por el Tribunal que ocasionalmente integro en un caso de amparo en el que el Dr. Maier afirmó: "…el Tribunal no tiene competencia alguna para intervenir antes del fallo del jurado, pero también es absolutamente cierto que ningún otro organismo judicial… tiene competencia para entrometerse en el trámite y decisiones que los organismos institucionales previstos en los arts. 121 y ss. de la CCBA prevén para desarrollar el enjuiciamiento de los magistrados…" (expte. nº 4312/05, "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/pedido de inhibitoria en 'Gallardo, Roberto Andrés c/Consejo de la Magistratura s/amparo —art. 14, CCBA—'", del 9/11/2005. En esa misma oportunidad, el Dr. Osvaldo Casás expresó que "solo en oportunidad del dictado del *fallo final* puede —en circunstancias excepcionales (de manifiesta arbitrariedad), y a fin de preservar la distribución entre los poderes de las competencias constitucionales— requerirse la revisión judicial insoslayable ante tal anomalía, por lo que cualquier otra que se recabe, previo a tal instancia procedimental, resulta extemporánea por prematura... ello no es sino una consecuencia de la distribución y separación de las respectivas competencia, servicios y funciones entre los tres poderes públicos de la Ciudad que, en un diseño republicano, se ha orientado tanto a la preservación del equilibrio entre éstos, como a su más eficaz funcionamiento sin perturbaciones e interferencias..." (expte. nº 4312/05 antes cit.).

De la jurisprudencia hasta aquí citada, se desprende que el control que puede —y debe— ejercer el Poder Judicial respecto de los actos de los otros poderes al ejercer sus competencias privativas no solo no puede alcanzar "…al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de otras autoridades…", es necesario que "… haya mediado alguna violación normativa que ubique los actos de los otros poderes fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere o del modo en que ésta autoriza a ponerlos en práctica …" (CSJN, "Haquim, Carlos G. v. Provincia de Jujuy y otro", voto del Dr. Boggiano, del 9/8/2001); sino que además debe ser en el momento oportuno, es decir luego que los órganos competentes adopten una decisión definitiva —o equiparable a tal—, pues "… a lo que se apunta es a que los mencionados requisitos pueden ser salvaguardados de muy diversa manera, y a que la apreciación de ese tema no puede soslayar los caracteres del proceso y la materia con los que se vincule ... Sólo patentes violaciones a aspectos esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante estos estrados, y siempre y cuando

sea acreditado por el recurrente no sólo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso..." (CSJN, *Fallos,* 316:2940, "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa: 'Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja'", rta. el 9/12/1993).

En consecuencia, los pronunciamientos judiciales en los expedientes "Grodnitzky", "Cabrera" y "Berner" resultan claramente prematuros, pues en los casos en los que se encuentran cuestionados actos de competencia privativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo locales, solo las decisiones definitivas o equiparables resultarían susceptibles de revisión judicial, pues no solo las presuntas irregularidades podrían ser eventualmente saneadas durante el proceso de designación previsto y por el órgano encargado de su desarrollo, sino también tornarse abstractas de acuerdo al resultado de la decisión que se adopte.

Por ello, tratándose la designación de un juez del Tribunal Superior de una cuestión privativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en sus diferentes tramos, y siendo este último el que debía expedirse acerca de la aprobación del pliego de la candidata remitido por el Jefe de Gobierno, es en el seno de dicho poder donde debe efectuarse, en primer término, el control del trámite, mas no se ha dado ocasión a ello por una intervención anticipada de la jurisdicción. Asimismo, no puede soslayarse que en el ámbito de la Ciudad, se hallan previstos a nivel infraconstitucional, distintos momentos para formular objeciones por los particulares durante el trámite de designación, tanto en el ámbito del Poder Ejecutivo como en el del Legislativo, garantizando así la participación ciudadana.

El argumento sustentado en que el control de carácter preventivo existe legislado en el amparo no resulta suficiente a fin de justificar en el caso un control anticipado, pues no explica las razones por las cuales tal circunstancia habilitaría a alterar o dejar de lado el principio de división de poderes, base de la forma republicana de gobierno.

Así, la Corte Suprema de Justicia en un caso de amparo interpuesto contra decisiones de procedimiento tomadas en el trámite de investigación del pedido de juicio político a un juez por la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación, decidió que "solamente una decisión definitiva o una que resultase equiparable a tal, emitida por éste último órgano (el Senado) puede ser objeto de revisión judicial por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, en cuanto a la protección de la garantía constitucional de la defensa en juicio; control que debe ser ejercido con respeto a las particularidades del enjuiciamiento político y debe ser limitado a la materia que puede ser objeto de revisión judicial... Ello determina la clara improcedencia del medio y de la oportunidad elegida por el actor para acceder a la justicia, tal como han resuelto los jueces de la causa" ("Rodríguez, Gerardo Walter c/Estado nacional", *Fallos,* 318:219, del 23/2/1995).

En este punto considero adecuado recordar lo afirmado por el Dr. Boggiano, en las actuaciones de mención, cuyas generalidades resultan claramente aplicables al caso examinado. Así, refirió que "…la intervención de la Corte en el enjuiciamiento político está reservada, exclusivamente, a las impugnaciones dirigidas

contra los pronunciamientos del Senado de la Nación, constituido en tribunal … todo lo vinculado con ese proceso, salvo que se pretenda sacar a éste de su quicio constitucional, no puede ser llevado ante la barra de los tribunales sin que, previamente no hubiese intervenido el Senado …carece de toda consistencia pretender que cuestiones como las propuestas por el apelante, esto es, las relativas al mérito y regularidad de la etapa instructoria y de la acusación realizadas por la Cámara de Diputados, puedan ser revisadas por los jueces, cuando aún no lo fueron por el tribunal competente: el Senado. De ahí que, puestas las cosas en el lugar que propone el peticionario, más que una revisión judicial, lo solicitado llevaría a una suerte de actividad originaria de la Corte, y nada menos que en un terreno que el constituyente ha confiado expresamente al Senado de la Nación … cabe incluso entender que *no sólo la actuación de la Justicia está condicionada a la previa del Senado, sino que lo está a la decisión definitiva que éste pronuncie, esto es, a su "fallo" … es evidente que el remedio será admisible siempre y cuando, entre otros recaudos, la resolución contra la que se lo dirija sea definitiva,* esto es: que ponga a fin al pleito o impida su prosecución. No es dudoso que *cualquier menoscabo al mentado derecho que originara la acusación formulada por la Cámara de Diputados, sería susceptible de ser reparado por el "tribunal" de la causa, el Senado; o bien podría llegar a perder toda entidad jurídica en la hipótesis de un posterior pronunciamiento absolutorio.* Las resoluciones de ese órgano del Congreso, dictadas durante la sustanciación del juicio, no habilitarían, por ende, la instancia del art. 14… a excepción de las que pudieran irrogar agravios de entidad proporcionada a las de un "fallo" de condena, o sea, de imposible reparación ulterior. Empero, tal equiparación de los autos interlocutorios del juicio político a definitivos en los alcances de la norma últimamente citada, exigirá, en todo trance, una apreciación severa y restrictiva, a fin de no contradecir los fines perseguidos por la Constitución mediante la determinación del órgano especialmente competente en el trámite del enjuiciamiento: el Senado … no obstante *los vicios que pueda padecer la etapa instructoria, la Cámara de Diputados tomase la decisión de acusar, tales actos preparatorios y la propia acusación igualmente escaparían al control de los jueces en la medida en que, de acuerdo con la Constitución Nacional, su apreciación es del resorte del órgano encargado de dirigir y resolver ese juicio: el Senado, constituido en tribunal. Síguese de esto, que sólo las decisiones de este último, de carácter definitivo o equiparable a tal en los términos antes enunciados, podrán ser objeto de control por el Poder Judicial* o, más precisamente, por esta Corte, y ello será así siempre y cuando sea interpuesto un recurso extraordinario que satisfaga los restantes recaudos de admisibilidad…" (CSJN, "Rodríguez, Gerardo Walter c/Estado nacional", *Fallos,* 318:219), del 23/2/1995 —el destacado es propio).

A mayor abundamiento, es dable recordar que "…dadas las especiales incompatibilidades que rigen la actividad jurisdiccional, que no se dan en otros funcionarios sujetos al régimen del juicio político, es necesario advertir que su atención resultaba prematura, desde que el Tribunal de Enjuiciamiento de manera expresa señaló que cabía llevar a su ámbito un planteo de esa índole… Por consiguiente,

implicaría configurar otro aspecto del conflicto de que se trata, el permitir la vía judicial antes de la demostración de que estaban totalmente cerrados los caminos naturales del ámbito jurisdiccional específico y excluyente establecido por la ley fundamental…" (del dictamen del Procurador General al que se remite la CSJN en autos "Luis Armando Balaguer v. Nación Argentina —Honorable Senado de la Nación Argentina—", del 31/3/1993; *Fallos,* 316:451).

En igual sentido, Gregorio Badeni destaca que conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, las sentencias dictadas en un juicio político por el Senado son susceptibles de revisión judicial. Pero las presuntas violaciones a las garantías del debido proceso legal, como es el derecho de defensa en juicio, producidas durante el curso de las actuaciones, carecen de entidad jurídica para avalar el control de constitucionalidad judicial, *que está reservado solamente para cuando se dicte la sentencia definitiva* (*Tratado de derecho constitucional*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 1177).

Es que el control judicial en el caso de autos —tanto respecto del trámite ante el Poder Ejecutivo como el que hasta ese momento se había desarrollado ante el Poder Legislativo—, al igual que sucede en el de destitución de magistrados que se encuentra integrado por diversas etapas, se realiza sobre una atribución privativa de otros poderes y de allí que solo procede una vez completado el procedimiento constitucionalmente previsto. Al respecto, no cabe soslayar que dentro del proceso de designación, los actos a cargo de los distintos poderes guardan entre sí una vinculación necesaria, cada uno de ellos es susceptible de incidir en el siguiente; la propuesta del Ejecutivo aparece como acto antecedente a su tratamiento por el Legislativo y el acuerdo respecto del pliego por parte de este último —de existir— funciona, a su vez, como antecedente y condición del acto de designación.

En síntesis, dada la oportunidad en que pretendió efectuarse el control judicial en los expedientes mencionados, ha existido una intervención en una atribución privativa de otro órgano de poder, pues enviado el pliego a la Legislatura, no era viable suspender judicialmente el trámite de designación de la Dra. Ugolini en la etapa en la que transcurría en virtud de que solo a aquélla le cabía decidir aprobarlo o no y, eventualmente resolver los cuestionamientos, si ellos fueren formulados en las oportunidades legalmente previstas ante dicho organismo. Ello así, pues la Legislatura tiene a su cargo un control amplio, que reposa en la asunción de un sistema democrático y participativo.

El control de constitucionalidad de las formas procedimentales no puede surgir sin dar ocasión a que la Legislatura se expida sobre las cuestiones que considere pertinentes y sustituyéndola. Ello, en pos de permitirle el ejercicio de sus competencias constitucionales y a fin de no afectar el principio de división de poderes. Posteriormente, si se produjo una violación de normas constitucionales y se reclama la afectación de un derecho subjetivo, corresponde al Poder Judicial así declararlo.

6. En consecuencia, las medidas cautelares tomadas en las resoluciones de fecha 25/9/2009 en el expte. nº 34.975/1 caratulado "Cabrera, Alberto

Raúl c/GCBA s/medida cautelar"; 25/9/2009 en el expte. nº 35.121/0 caratulado "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)"; 20/10/2009 dictada en el expte. nº 35.322/0 caratulado "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", no pueden ser ejecutadas. Tampoco puede serlo, eventualmente, la sentencia dictada en el expediente "Grodnitzky" citado —que a la fecha no se encuentra firme—, pues por las consideraciones expuestas, ella también ha sido dictada anticipadamente, es decir sin que se hubiera completado el proceso de designación constitucionalmente previsto. Vale aclarar que el objeto del presente proceso judicial respecto de las actuaciones de mención es actual y no ha devenido abstracto, pues los efectos jurídicos de las decisiones allí dictadas —medidas cautelares—, si bien se encuentran suspendidos de modo provisorio por decisión de la mayoría de este Tribunal, no han desaparecido definitivamente.

7. Ahora bien, distinta solución adoptaré respecto al conflicto suscitado a partir de la decisión tomada en el proceso "García Tuñón". Los actores habían promovido el amparo en su calidad de "legisladores electos", sin embargo, al asumir sus cargos la propuesta de la Dra. Ugolini elevada por el Poder Ejecutivo no había sido aún tratada por la Legislatura, por lo que el magistrado decidió declarar extinguido el objeto del proceso. Siendo ello así, corresponde declarar abstracto el tratamiento del conflicto en relación a la intervención del judicante en las citadas actuaciones.

Ello pues, tal como ha afirmado la Corte Suprema "…las sentencias …han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (*Fallos,* 311:787) … la subsistencia de éstos es comprobable de oficio y que su desaparición importa la del poder de juzgar (*Fallos,* 315:466). Entre tales extremos se halla el de inexistencia de gravamen cuando de hecho ha desaparecido por falta de interés económico o jurídico, circunstancia que cancela la competencia… (*Fallos,* 316:310)" (CSJN, S. 259. XXXVIII, "Recurso de hecho en autos 'Spisso, Rodolfo R. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires'", rta. el 12/11/2002).

8. Por las consideraciones expuestas corresponde: *I.* Hacer lugar al conflicto de poderes planteado por los poderes Ejecutivo y Legislativo de la CABA y disponer que las medidas judiciales dictadas en los exptes. nº 35.121/0 caratulado "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" del Juzgado CAyT Nº 4; nº 34.975/1 caratulado "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar" del Juzgado CAyT Nº 3; y 35.322/0 caratulado "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)" del Juzgado CAyT Nº 6, citadas precedentemente no pueden ser ejecutadas. *II.* Declarar abstracta la cuestión respecto del expte. nº 35.117/0 caratulado "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo" tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 13.

El juez José O. Casás dijo:

I. Introducción.

1. El día 28 de octubre de 2009, el *Poder Ejecutivo local* interpuso ante este Tribunal Superior de Justicia una demanda por *conflicto de poderes* contra el *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en los términos del art. 113, inc. 1º, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CCBA),

En la demanda se denunció la interferencia que diversas resoluciones judiciales generarían en relación con el procedimiento de designación de la candidata propuesta por el Jefe de Gobierno para cubrir la vacante de juez del TSJBA que se produjo con la renuncia al cargo del doctor Julio B. J. Maier.

Concretamente, el Poder Ejecutivo pretende que las medidas dictadas en los expedientes que identifica no obstruyan el curso del procedimiento previsto en la CCBA para el tratamiento en la Legislatura de la propuesta formulada para cubrir la vacante ni, llegado el caso, el nombramiento de la candidata nominada.

Así, se solicitó al Tribunal que "se declare que el acto institucional complejo de nombramiento de un juez del TSJBA, en sus distintas etapas, es de competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, y que, por lo tanto, los jueces del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario carecen de competencia constitucional para disponer medida alguna que interfiera, altere, suspenda o de cualquier modo afecte la realización de dicho acto" (fs. 52).

Además, como medida cautelar, la actora requirió que "se disponga la suspensión inmediata de toda decisión o sentencia judicial que interfiera con el ejercicio de las atribuciones y competencias propias de los poderes Ejecutivo y Legislativo y que, en particular, permita la continuidad del procedimiento de designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo, Dra. Daniela B. Ugolini, al cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, junto a la realización de la audiencia pública convocada para el 30 de octubre de 2009 a las 11:00 hs, hasta tanto se dicte sentencia definitiva (…)" (fs. 70 vta y 71).

2. Luego de que este Tribunal —por mayoría— dispusiera con carácter precautorio "suspender los efectos de las medidas cautelares que interfieran con el desarrollo de la actual etapa del procedimiento de designación en trámite ante la Legislatura" (resolución de fecha 29/10/2009) y decidiera extender los alcances de dicha resolución "en relación con toda actuación que interfiera en el mencionado procedimiento de designación" (resolución del 30/10/2009), se presentó ante este estrado el Vicepresidente Primero de la Legislatura de la Ciudad —con fecha 4/2/2010— y expresó que, mediante el dictado de la resol. 565/LCBA/09, cuya copia certificada acompañó a fs. 724, el aludido Cuerpo lo instruyó "a promover demanda contra el *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* por *conflicto de poderes*, normado en el inc. 1º del art. 113 de la Constitución local y en el art. 11 de la ley 402, por cuanto las resoluciones dictadas por éste, en el marco del expte. nº 2025/J/09, se arrogan y desconocen atribuciones y competencias que

son propias de la Legislatura, de acuerdo con lo establecido en el art. 111 de la Constitución local" (fs. 726/785, el destacado ha sido añadido).

Cabe añadir que de la versión taquigráfica de la sesión parlamentaria del 3 de diciembre de 2009 donde se sancionó la citada resol. 565/09, surge que la misma se votó en la Legislatura de la siguiente manera: sobre 54 votos emitidos, se registraron 41 votos afirmativos, 10 votos negativos y 3 abstenciones.

En su presentación, el representante de la Legislatura solicitó que "se declare expresamente que el Poder Judicial carece de competencia constitucional para disponer medida alguna que impida, interfiera, obstaculice, altere, suspenda o de cualquier modo pueda afectar la labor de cada uno de los legisladores, de las juntas y comisiones que estos integran y del cuerpo en pleno de la Legislatura de la Ciudad en el curso del procedimiento para evaluar la nominación y, eventualmente, prestar acuerdo, para el nombramiento de la Dra. Daniela Bruna Ugolini en el cargo de jueza del Tribunal Superior de Justicia" (fs. 726/727). Asimismo se requirió que "se dejen sin efecto todas aquellas resoluciones judiciales que hayan sido dictadas en ausencia de la mencionada competencia constitucional" (fs. 727). Se adujo para ello que mediante las decisiones adoptadas en diversos expedientes judiciales tramitados ante el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad "…se ha pretendido reemplazar a la Legislatura en el ejercicio de su función privativa de control en el proceso de nombramiento de una jueza para integrar el Tribunal Superior de Justicia.// Esto, en sí mismo, constituye un avance injustificado sobre competencias propias, por un lado, pero también una indebida intromisión en el ámbito legislativo, que tiene por efecto alterar la independencia de criterio que debe tener cada legislador y hacer imposible el espacio de 'deliberación pública protegido' que exige la Corte para asegurar el principio de división de poderes". Se agregó que "en el caso que nos ocupa, se advierte sin dificultad que la acción del Poder Judicial ha menoscabado esta garantía, toda vez que se ha intentado suspender, obstruir y condicionar el accionar legislativo y los 'votos' de los diputados que actúan en el marco del expte. nº 2025/J/09" (fs. 759/761).

Por último, se solicitó que "hasta tanto recaiga sentencia definitiva, se mantengan las medidas precautorias ya adoptadas en la causa conexa" y que se acumule la demanda con aquella incoada con anterioridad por el Poder Ejecutivo de la Ciudad (fs. 727).

El Tribunal, por mayoría, declaró la admisibilidad del conflicto de poderes planteado por la Legislatura y ordenó la acumulación de las actuaciones al expediente iniciado en ocasión del planteo formulado por el Poder Ejecutivo (sentencia del 5/2/2010).

3. Contestados los traslados oportunamente ordenados —al Consejo de la Magistratura local, a los titulares de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nºs. 3, 4, 6 y 13 y al señor fiscal general— y celebrada con fecha 27 de mayo del corriente año la audiencia pública que dispone el art. 6º de la ley 402, las actuaciones se encuentran en estado de ser resueltas.

II. El conflicto de poderes en la jurisdicción local, la función del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad según la Constitución de la Ciudad y el encuadre jurídico del debate suscitado en este expediente.

1. En primer lugar, considero que la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, ha expresado con claridad en los puntos 1 y 2 de su voto qué debe entenderse por *conflicto de poderes* en esta jurisdicción local y cuál es la función que *por mandato constitucional* debe cumplir este Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de su *competencia originaria, privativa y excluyente* cuando un planteo de estas características se le presenta (art. 113, inc. 1º, CCBA).

Estas cuestiones, además, ya han sido abordadas y desarrolladas por el Tribunal al dictar distintas resoluciones interlocutorias en la presente causa —por ejemplo, al resolverse la admisibilidad formal de la demanda incoada por el Poder Ejecutivo con fecha 3 de noviembre de 2009, al rechazarse las distintas recusaciones y excepciones previas interpuestas durante el curso del proceso, así como al decidirse la admisibilidad formal del planteo formulado por la Legislatura con fecha 5/2/2010).

2. De todos modos, entiendo que resulta conveniente recordar —y reafirmar— algunos conceptos elementales que pueden resultar útiles para encuadrar jurídicamente la cuestión a decidir en este expediente:

a) El *conflicto de poderes* instado, entendido como el específico cauce que tiene por objeto principal la reivindicación de una atribución asignada directamente por la Constitución o por la ley, planteado por alguno de los poderes del Estado como consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional que la usurpan o le impiden ejercerla, *tiene en la Ciudad expresa raíz constitucional a partir del texto del art. 113, inc. 1°, CCBA.*

El plexo normativo que reglamenta ese proceso se completa con las previsiones de la ley 7 y, en su faz adjetiva, con las de la ley 402. Allí se establece que el conflicto puede involucrar a cualquiera de los tres poderes del Estado (art. 11), es decir, el Poder Judicial no está excluido.

En palabras sencillas, un conflicto de poderes es un conflicto de competencias entre determinados órganos públicos de distintos poderes. Debe presentarse una situación de superposición, yuxtaposición, colisión o usurpación de funciones entre las diversas áreas del poder, que obstaculice el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y las leyes confieren a cada una en miras de la acción de gobierno. En suma, son causas de competencia que versan sobre el alcance de las atribuciones constitucionales de cada uno de los poderes locales.

El conflicto de poderes no se da sólo cuando un poder se arroga una competencia asignada a otro. También ocurre cada vez que un poder interfiere indebidamente en el ámbito de competencias privativas de otro aunque no asuma su ejercicio. La colisión abarca tanto la invasión como la interferencia u obstaculización del ejercicio de las competencias asignadas por la CCBA a cada uno de los poderes el Estado.

A su vez, no cabe sustraer de la categoría de conflictos abordada por el art. 113 inc. 1º de la CCBA a aquellos en los que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo imputan a un juez una interferencia indebida en sus ámbitos de actuación incurrida en el marco del ejercicio de su función jurisdiccional. Hacerlo eliminaría, sin razón valedera, una porción importante de la categoría de conflictos a que se refiere la citada cláusula de la CCBA. Ello así, porque, si bien un desborde en detrimento de facultades de otros poderes no es lo previsible en un juez, en las excepcionales oportunidades en que ocurre, tiene más probabilidades de darse, precisamente, en el marco de procesos judiciales.

No está de más recordar que el conflicto de poderes tiende a preservar el ejercicio de las funciones de cada uno de los poderes establecidos en el plexo normativo fundamental de la Ciudad y ello es coherente con la doctrina de la *división de poderes* que tiene como fundamento asegurar el normal desarrollo de las instituciones previstas en la CCBA, al tiempo de permitir el juego de los frenos y contrapesos en el ejercicio de las prerrogativas públicas como garantía de la libertad.

Es por ello que se hace necesario remarcar la importancia que tiene la herramienta constitucional que se habilita a través del art. 113, inc. 1º, de la Carta Magna local, como un instrumento de salvaguarda y garantía institucional para preservar la separación de poderes —esencia de la forma republicana de gobierno, que subyace como presupuesto de la autonomía del Gobierno de la Ciudad Autónoma, a partir de la exigencia imperativa contenida en el art. 5º de la Constitución federal.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó el criterio preenunciado en la alborada misma de su instalación, al fallar la causa*:* "Criminal. Contra Ramón Ríos (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos, por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado a bordo del pailebot nacional 'Unión' en el río Paraná" —*Fallos,* 1:32—, sentencia del 4 de diciembre de 1863, en la que dejó establecido en su considerando segundo: "Que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes Departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno"; doctrina que cabe conectar con los postulados reiterados en constante jurisprudencia del Tribunal cimero —en todas las épocas y más allá de sus diversas composiciones— donde se dejó señalado que "...la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes" (*in re* "Víctor Francisco Rolón Zappa", *Fallos,* 308:1848, sentencia del 30/9/1986, entre muchos otros).

Las consideraciones antecedentes insinúan que, al menos teóricamente, puede verificarse en algún supuesto un exceso en el ejercicio de los poderes al desbordar algún magistrado judicial sus competencias constitucionales con menoscabo de las específicas y privativamente concedidas a los poderes políticos, lo que permite visualizar los conflictos de poderes con el Poder Judicial como una

avenida de doble mano, donde dichas controversias puedan articularse tanto por los magistrados judiciales como por los órganos políticos, aspecto éste ausente en la percepción de algunos comentaristas o en los agravios vertidos sin adecuado respaldo en el *sub examine* y que se originan en concebir a la judicatura sólo como actora en tales procesos; conflicto que, de configurarse en esta causa, en definitiva, no podrá interpretarse como abdicación del Estado de derecho o del control judicial sobre el obrar de los otros poderes, pues en él *todos* los que cumplimos cometidos públicos, incluso desde el pretorio, por regla indeclinable, estamos subordinados a la Constitución y a la ley y nos encontramos sujetos a las responsabilidades que en ellas se establecen.

Cuando el conflicto se traba con el Poder Judicial puede ocurrir que sea por una actuación institucional del órgano que lo representa de ordinario (Consejo de la Magistratura) o por la actividad de alguno de los jueces unipersonales o tribunales colegiados que lo integran, ya que de acuerdo con la Constitución local cada juez unipersonal o tribunal colegiado titulariza el Poder Judicial —a diferencia de los restantes departamentos del Gobierno, ya que en el ámbito Legislativo el poder no lo ejerce singularmente cada legislador sino el Cuerpo, y el Poder Ejecutivo tiene un diseño unipersonal cuyo titular y responsable es el Jefe de Gobierno—. En consecuencia, si la decisión de un juez —como en estos autos— es considerada lesiva de sus atribuciones por la Legislatura o por el Jefe de Gobierno se plantea un conflicto entre quienes titularizan —a estos efectos— distintos poderes.

b) El Tribunal, por mayoría, ya señaló que las *medidas judiciales* y los *actos que reivindican el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo* en este expediente *no pueden ser cumplidos de modo simultáneo* pues "...su contenido lleva a que la ejecución de unas importe inexorablemente la frustración de los otros. En esto se aprecia el núcleo de un conflicto de poderes" (fs. 270/278).

En autos, el Poder Ejecutivo promueve el tratamiento por parte de la Legislatura de su propuesta para ocupar una vacante en el cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, mientras que las medidas dictadas por diversos jueces de primera instancia directamente lo vedan, produciendo un efecto que el Poder Ejecutivo sólo concibe como posible consecuencia de una libre decisión del Poder Legislativo. A su turno, también se presenta la Legislatura y argumenta que las decisiones judiciales detalladas en autos se traducen en una ilegítima prohibición que pretende obstaculizar su normal funcionamiento —incluso en aspectos que remiten a su esfera interna de actuación— y que además ello resulta violatorio de las inmunidades funcionales de los legisladores.

c) A partir de las alegaciones formuladas por el Poder Ejecutivo y la Legislatura que se orientan a señalar la indebida interferencia en sus competencias privativas generada por ciertas medidas judiciales tomadas en distintos expedientes, el ejercicio de la *competencia originaria, exclusiva y excluyente del Tribunal Superior de Justicia prevista en el art. 113, inc. 1°, de la CCBA* no importa sustraer

el conocimiento aquellos asuntos que se ventilan ante los tribunales de mérito de sus jueces naturales, para ejercerlo por el Tribunal.

En el proceso que nos ocupa —al margen de la tutela cautelar prevista en el marco de los conflictos regulados por el art. 14 de la ley 402, dirigida solamente a las medidas que interfieren con otro poder, esto es, a la materia propia de estas actuaciones— nada corresponde decidir sobre las pretensiones planteadas en los expedientes que originaron esta denuncia, limitándose el Tribunal a determinar si la función jurisdiccional ha sido ejercida con interferencia de competencias propias del poder que acusa el conflicto, y a dictar, en su caso, las medidas que autoriza la ley reglamentaria para restituir a su cauce constitucional el ejercicio de las facultades que pudieran estar afectadas (art. 13 de la ley 402).

Valga reiterarlo, no cabe segregar de la categoría de conflictos abordada por el art. 113 inc. 1º de la CCBA a aquellos en que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo atribuyen a un juez una interferencia indebida en sus ámbitos incurrida en ocasión de atender una demanda judicial sometida a su decisión. Los desbordes no necesariamente presumen mala fe en el autor, sea juez u órgano político, así como que los controles y resguardos que el legislador prevea en las leyes procesales a fin de corregirlos no pueden conducir al cercenamiento de una competencia constitucional del Tribunal Superior de Justicia (menoscabo que se verificaría si la emisión de una sentencia y la existencia de remedios procesales para impugnarla desplazaran o excluyeran *per se* el planteo del conflicto de poderes) ni justifican que éste absorba todos los procesos para evitarlos (exceso que se daría cuando a fin de contener un desborde se usara la vía del art. 113 inc. 1° para resolver las cuestiones propias de la competencia apelada de este Tribunal regulada en los arts. 27 y 28 de la ley 402). En otras palabras, sostener, como regla, que el planteo de una demanda en sede judicial veda la articulación de un conflicto de poderes, implica abdicar una competencia que el art. 113, inc. 1°, de la CCBA atribuye de modo irrenunciable e indelegable al Tribunal Superior de Justicia.

d) Los *jueces convocados a este proceso* no han sido citados para defender derechos ni responsabilidades personales sino su criterio acerca de los alcances de la competencia funcional ejercitada. Dicho de otro modo, los jueces han sido convocados en su carácter de órgano institución y no como titulares de derechos subjetivos. La intervención que se ha dado a los aludidos magistrados al convocárselos a contestar la demanda del conflicto de poderes introducida por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, tiene su fundamento en la naturaleza de la cuestión, un conflicto de poderes, que, en definitiva, es un conflicto de competencias entre órganos públicos, como en la naturaleza de los órganos acusados de interferencia que, en cada sentencia que emiten, titularizan una decisión del Poder Judicial de la Ciudad.

Vale resaltar, una vez más, la diferencia con los restantes departamentos del Gobierno, dado que el Poder Legislativo no lo ejerce cualquier legislador sino el Cuerpo que adopta decisiones como Poder del Estado, y otro tanto ocurre en el Ejecutivo, en el que es el Jefe de Gobierno el que concentra esa prerrogativa.

El objeto de este proceso se limita a establecer si existe colisión entre medidas dictadas por dos poderes distintos y, si así fuera, determinar cuál debe ser apartada para conjurar el conflicto. Esa tarea no lleva naturalmente a un escrutinio exhaustivo del expediente en el que el juez emitió la medida cuestionada por los poderes Ejecutivo y Legislativo o de los demás actos allí dispuestos, salvo, estrictamente, cuando sólo mediante ese examen se pueda establecer si la resolución dispuesta por el juez debe o no prevalecer sobre la resistencia de los otros poderes involucrados.

Por eso, se dijo que los magistrados están llamados a exponer su concepción acerca de los alcances de la competencia funcional involucrada. Ello les permite presentar los argumentos que los llevaron a considerar que está dentro de sus potestades emitir decisiones que otro poder estima interfieren en su esfera privativa, de acuerdo con el reparto de competencias dispuesto por la Carta Magna local, que este Tribunal interpreta de modo definitivo (art. 113, inc. 1º, de la CCBA).

Así entonces, conforme sostuvo el Tribunal, mientras que los jueces son quienes pueden exponer la visión ya aludida, el Consejo de la Magistratura que no cuenta con las competencias que suscitaron este conflicto, en cambio, puede ser quien canalice la postura institucional del Poder Judicial en los términos del rol que le asigna el art. 1° de la ley 31. Dar participación al juez emisor de la medida cuestionada, lejos de afectarlo, en todo caso le posibilita la defensa de sus competencias. Es difícil comprender cuál sería el interés jurídico en que no sean escuchados, único aspecto en juego.

Pretender que la convocatoria a los jueces que dictaron las medidas cuestionadas por el Poder Ejecutivo y luego por el Poder Legislativo, para que defiendan la competencia que dichos poderes consideran exorbitada, puede afectar la inmunidad de jurisdicción o la independencia de la judicatura, importa tanto como excluir el conflicto de poderes —vale reiterar, institución de raíz constitucional— en relación con el Poder Judicial.

En tanto este proceso no pone en juego ni la persona ni los derechos de los jueces que fueron llamados a intervenir, sino solamente las competencias que les asisten como órganos, lo que explica por qué no pueden estar al abrigo del art. 78 de la CCBA —según remisión del art. 110 del mismo plexo— en esta particular situación. Es que el resguardo que brinda esa cláusula, según quedó dicho, convive con la tutela que dispensan otros mecanismos, de los cuales el del art. 113 inc. 1° de la CCBA es uno de los principales.

Aquí no hay interrogatorio alguno, menos aún reproche personal, pues, como ya ha quedado reiteradamente sentado, el trámite del conflicto de poderes no es un proceso judicial típico; y no hay manera de asimilar constitucionalmente el traslado conferido en un proceso de esta índole a una "molestia" por las resoluciones que el juez emita en el ejercicio de su función.

Por otra parte, cabe señalar que, de otra forma, entrarían en crisis institutos como la queja por privación, denegación o retardo de justicia e, incluso, la institución de los recursos judiciales. Sin embargo nadie asimilaría el informe que la ley prevé requerir al magistrado denunciado en la queja aludida al "interrogatorio

judicial" al que se refiere la mentada norma constitucional (art. 37, inc. c, ley 402), ni tampoco las apelaciones e incluso las sentencias revocatorias de lo decidido por los jueces, como también el requerimiento del expediente que habilita el trámite de la queja ya citada (art. 37, inc. c, ley 402), a "molestias" por las opiniones vertidas en el ejercicio de la función.

Ya se ha dicho que a este Tribunal nada le corresponde decidir sobre las pretensiones planteadas en los expedientes que originaron esta denuncia, sino que lo que debe hacerse es determinar si la función jurisdiccional ha sido ejercida con interferencia de competencias propias del poder que acusa el conflicto y dictar, en su caso, las medidas que autoriza la ley reglamentaria para restituir a su cauce constitucional el ejercicio de las facultades que pudieran estar afectadas (art. 13 de la ley 402).

La inmunidad de jurisdicción protege a los jueces de ser afectados en el normal desempeño de sus tareas pero no impide el control que los distintos órganos del Estado pueden ejercer mediante los procedimientos previstos a ese efecto. En caso contrario, con el pretexto de la alegada inmunidad, los órganos permanentes del Poder Judicial serían los únicos exentos de todo control dentro de la organización estatal o al menos de participar como demandados en un conflicto de poderes. La CCBA asignó al Tribunal Superior de Justicia, en forma originaria, exclusiva y excluyente, la facultad de establecer los límites funcionales de los poderes distribuidos por la Constitución. Como se sostuvo con anterioridad, esa competencia constitucional se vería privada de una porción sustantiva de su contenido si con el pretexto de que mediante ella se interfiere con las funciones correspondientes a los jueces se impidiera al TSJBA conocer de aquellos conflictos en que estos últimos son parte demandada.

En asuntos en los que corresponde expedirse acerca del alcance constitucional de las potestades de órganos públicos no se ponen en juego derechos subjetivos o intereses propios de quienes ejercen los cargos u órganos (conf. doctrina del TSJBA en la causa "Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 18/99, resolución del 22/11/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 620 y ss.), doctrina que resulta de plena aplicación al asunto bajo examen*, mutatis mutandi.*

e) Fundar la improcedencia del conflicto en la *pretendida existencia de remedios procesales para resistir las cautelares* dictadas por los jueces del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, por un lado, soslaya lo dicho por el Tribunal en relación con el art. 12 de la ley 402 (fs. 272, punto 4). Por otro, omite demostrar que la apelación judicial de las cautelares aludidas permitiría restablecer adecuada y oportunamente a la luz de la CCBA el equilibrio de los poderes en disputa y la preservación de sus respectivas esferas de competencia. En otras palabras, omite demostrar que los cauces de un proceso jurisdiccional siempre bastarían para restablecer la legitimidad que se denuncia violentada, removiendo aquella medida que resulte contraria al orden institucional.

f) Los *actores de aquellos expedientes* en cuyo marco se adoptaron las medidas judiciales que el Poder Ejecutivo y la Legislatura consideran *ilegítimas* por invasivas no son ni pueden ser parte en el presente conflicto de poderes.

Las decisiones del Tribunal han dejado claro que "[e]l objeto de este proceso y el examen que tocará practicar al tiempo de emitir la resolución definitiva se limita a establecer si existe colisión entre medidas dictadas por los poderes involucrados en el pleito y, si así fuera, determinar cuál debe prevalecer. En esta causa están en debate competencias, es decir, algo indisponible para los amparistas que se presentaron por la vía del control difuso ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario y cuestionaron ciertos aspectos del procedimiento de designación impulsado por el Jefe de Gobierno para cubrir una vacante de juez en el Tribunal. No están en debate aquí los derechos de los justiciables, pues estos, en tal supuesto, están en juego en expedientes en los que este Tribunal no interviene. Las apuntadas actuaciones (amparos) siguen en trámite ante los tribunales intervinientes y no han sido paralizadas por decisión de este estrado".

Por lo demás, la medida cautelar dispuesta en el marco del conflicto de poderes se limitó a permitir el desarrollo de la etapa legislativa del procedimiento de debate de la propuesta de designación en curso, etapa cuyo cumplimiento no provocó consecuencias definitivas ni en relación a la materia de estas actuaciones, ni a las de aquellas otras que constituyen la sustancia de los procesos instados por la vía del control difuso.

Finalmente, el impacto que esta sentencia pudiera proyectar sobre aquellos expedientes judiciales no legitima a los amparistas para asumir, ante este Tribunal, la defensa de las competencias ejercidas por el Poder Judicial que en modo alguno pueden representar.

III. Las medidas judiciales denunciadas en el caso por el Poder Ejecutivo y por la Legislatura de la Ciudad.

1. En esta ocasión, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo han denunciado que el Poder Judicial, a través de distintas decisiones adoptadas por magistrados de primera instancia en el marco de diversos procesos iniciados ante sus estrados, han obstaculizado de manera ilegítima el ejercicio de sus competencias privativas.

2. Las características que los procesos judiciales mencionados presentan ya han sido reseñadas en el voto del señor juez Luis F. Lozano; sin embargo, para dotar de autosuficiencia a este voto, me permito transcribirlas a continuación y agrego además algunas otras consideraciones que estimo de utilidad.

Expte. nº 34.975/1, "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar", tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 3.

La acción fue iniciada por un vecino de la Ciudad que si bien no invoca expresamente tal carácter puede apreciarse que él surge de la copia del DNI acompañada con posterioridad al inicio del proceso. Previamente, Cabrera había presentado un

pedido de vista a la Subsecretaría de Justicia en el que requirió información adicional a la publicada sobre la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo para ocupar el cargo de jueza de este Tribunal, así como mayor especificidad sobre algunos puntos informados. Ante la falta de respuesta, solicitó una *medida cautelar autónoma* para que "…se suspendan los plazos previstos en el art. 3º del dec. 1620/03 hasta tanto la Administración confiera la vista requerida…", sustentada en la publicidad de los actos de gobierno que surge del art. 1° de la CCBA y en el derecho a la información que entiende garantizado por el art. 12.2 de la CCBA, regulado, en el caso, por el dec. 1620/03.

Con fecha 25 de septiembre de 2009 —es decir, cuando la propuesta del Jefe de Gobierno ya había sido enviada a la Legislatura (conf. mensaje del Poder Ejecutivo nº 117 de fecha 16/9/2009, *BOCBA* nº 3260 del 17/9/2009)— se resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia "*disponer la suspensión de los procedimientos —en sede administrativa o ante el Poder Legislativo—* iniciados por el Poder Ejecutivo, en relación con la propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini para integrar el Tribunal Superior de Justicia, hasta tanto se proporcione información completa, veraz y adecuada acerca de los puntos solicitados por el actor. Cumplido ello, deberán realizarse las publicaciones completas que correspondan con arreglo al dec. 1620/03, y otorgar un nuevo plazo de 15 días para que los ciudadanos formulen las observaciones pertinentes" (el destacado ha sido añadido).

El Poder Ejecutivo se presentó e hizo saber que la cautelar notificada resultaba de "…cumplimiento imposible, habida cuenta de que el Jefe de Gobierno ya elevó a la Legislatura la propuesta de designación de la Dra. Ugolini…" (fs. 250). Ante esa presentación, el juez dispuso "…póngase en conocimiento de los señores legisladores de la Ciudad de Buenos Aires que la medida cautelar dictada en autos ha quedado consolidada en virtud de la presentación efectuada por el Procurador General Adjunto de Asuntos Institucionales y Empleo Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A tal fin líbrese oficio por Secretaría *a cada uno de los miembros de la Legislatura…*" (fs. 251, el destacado ha sido añadido).

Con posterioridad, ante la resolución de la Junta de Ética de la Legislatura que convocaba a la audiencia pública para que se traten posibles impugnaciones a la candidata a cubrir el cargo de jueza del TSJBA, el actor denunció el incumplimiento de la medida cautelar (fs. 317) y el titular del Juzgado Nº 3 remitió copia certificada de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional "a fin de que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública (art. 239 del C.P.)" (resolución del 13/10/2009, fs. 318).

Expte. nº 35.121/0, "Grodnitzky, Enrique Fabio s/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)", tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 4.

La causa se inició como una acción de amparo contra el Gobierno, a los fines que se declare la invalidez del procedimiento seguido para la candidatura de la Dra. Ugolini para el cargo de jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad impulsada por el Poder Ejecutivo.

El actor, para sostener su legitimación dijo: "…soy habitante de la Ciudad, como acredito con copia del domicilio constituido que tengo en la Ciudad para el ejercicio de la profesión liberal […], soy mayor de edad, estoy interesado en la participación del período de adhesiones a la candidatura de nuevo ministro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habiéndoseme privado de tal participación y, por ende, vulnerado los derechos constitucionales a la participación, expresión, libertad individual y colectiva…" (fs. 1). Fundó su petición en el art. 18 del PIDCP; arts. IV, XX y XXIV de la DADDH; arts. 4° y 19 de la DUDH; art. 1º, 19 y 36 de la C.N.; art. 6°, inc. i) de la ley nacional 25.188 y en los decretos locales 514/91 y 1620/03.

En concreto, el amparista indicó diversas circunstancias que, según su criterio, conspiraban contra el derecho a la información y a la participación ciudadana. En síntesis, argumentó que la publicación de la información referida a la candidatura de la Dra. Ugolini en la página web del GCBA era de difícil acceso, presentaba diversas deficiencias y estaba incompleta (por ejemplo: por haberse realizado en una sección que se titula "Licitaciones y Llamados", por no haberse consignado con claridad su título habilitante, por encontrarse cierta documentación con letra muy pequeña, borrosa o "fuera de foco" y por no estar completos los datos de la declaración jurada de su conviviente y no estar el documento firmado por esa persona).

En ese marco, el amparista pidió que se dictase la medida cautelar que el magistrado interviniente "considere más adecuada a los fines de garantizar el objeto de esta acción de amparo" para resguardar el principio republicano y los derechos de participación que como habitante ostenta o "disponga la suspensión del procedimiento hasta tanto se dicte sentencia definitiva".

La medida cautelar fue otorgada, también con fecha 25 de septiembre de 2009. Allí se resolvió "*(s)uspender el procedimiento* de propuesta de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el señor Jefe de Gobierno Ing. Mauricio Macri a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires hasta tanto sean subsanados los defectos que impiden u obstaculizan el seguro acceso a la información y que ésta sea al mismo tiempo, la información transparente, adecuada, veraz, oportuna y completa que establece la Constitución porteña y demás normas y principios jurídicos aplicables. Hacer saber saber a la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante oficio de estilo, acompañándose copia de la presente" (fs. 87/91, el destacado ha sido añadido).

Acordada la tutela cautelar, el GCBA, mediante la Procuración General de la Ciudad, se presentó y sostuvo que la medida se había tornado de cumplimiento imposible en atención a que la propuesta ya había sido elevada a la Legislatura (fs. 101, conf. mensaje nº 117 del señor Jefe de Gobierno, ya citado). Por su parte, la Dra. Ugolini se notificó espontáneamente de la medida y la apeló con sustento en que la suspensión del procedimiento de designación se basaba en causas infundadas y falsas que importaban una obstrucción malintencionada, que afectaba sus

derechos de defensa, debido proceso y propiedad, y constituía una injustificada intromisión por parte de un magistrado en las atribuciones y facultades de otros poderes del Estado (fs. 103/109).

Posteriormente, el GCBA, con carácter previo a contestar la demanda en subsidio, planteó incompetencia por entender que "…si se acogiese la presentación del actor, se estaría obligando al juez interviniente a generar, estérilmente, un conflicto de poderes, toda vez que fallaría con manifiesta incompetencia y ausencia de jurisdicción, por inexistencia de caso proponible. Tal extremo excitaría, por su parte, la jurisdicción originaria del tribunal cimero de la jurisdicción" (fs. 117). La incompetencia fue rechazada y ese pronunciamiento recurrido. La apelación fue desestimada en atención a que el planteo efectuado no se encuentra entre los contemplados en el art. 20 de la ley 2145 y, además, porque la competencia habría sido consentida con las presentaciones anteriores del GCBA (fs. 141). El Gobierno interpuso queja ante la Cámara, lo que dio lugar a la formación un incidente a tal efecto.

Luego, el día 22 de octubre de 2009, la señora jueza de primera instancia dictó una segunda resolución, a partir de una presentación del actor mediante la cual se denunció "el incumplimiento de la medida cautelar" decidida el 25/9/2009. En esta oportunidad, se sostuvo que la medida cautelar aludida había quedado firme y que no hubo por parte de las autoridades un intento por corregir las deficiencias constatadas en la información vinculada al procedimiento. Además, se señaló que la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, con fecha 2 de octubre de 2009, había convocado a la audiencia pública prevista para estos casos para el día 30 de octubre de 2009 a las 11 hs, a pesar de que oportunamente se le había comunicado al Cuerpo la medida precautoria, "actuando como si fueran escindibles las etapas del procedimiento, haciendo evidente la gravedad de su continuidad sobre la base de etapas previas defectuosas".

En virtud de lo expuesto, se resolvió: "Hacer sabe a la H. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que la medida cautelar dictada en autos se encuentra vigente y firme. Que al no haber sido subsanados por el Poder Ejecutivo los defectos formales señalados se encuentra afectada la calidad de la información debida para el adecuado ejercicio de la participación ciudadana, con la eventual consecuencia de que ello afecte todo el procedimiento de designación de modo insalvable. Ordeno que por las vías pertinentes, se disponga la agregación del oficio y de la presente resolución en el Boletín de Asuntos Entrados a fin de que las diputadas y diputados tomen conocimiento fehaciente de las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas en el presente resolutorio conforme lo dispone el Reglamento Interno del Cuerpo, a sus efectos. Ordenar a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires proceda en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos a *devolver la propuesta* remitida por el Poder Ejecutivo para la cobertura de una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que sean subsanados los vicios que menguan la calidad de la información pública

y el derecho de participación ciudadana. Vencido el plazo sin que se haya cumplido con lo dispuesto, se harán efectivas *sanciones conminatorias diarias de $ 500 (quinientos pesos)* a ser impuestas respectivamente en la persona de la diputada Victoria Morales Gorleri, y de los diputados Oscar Zago, Carlos Araujo y Cristian Ritondo en calidad de integrantes *firmantes de la resol. JEAOC-05-09 de fecha 2 de octubre de 2009*" (fs. 148/151, el destacado ha sido añadido).

Los integrantes de la Junta de Ética intimados en la resolución se presentaron, apelaron la resolución y denunciaron que lo ordenado resultaba de imposible cumplimiento debido a que las actuaciones habían sido secuestradas por otro magistrado en el marco del expediente "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (expte. nº 35.322/09). La jueza denegó los recursos en atención a que el secuestro mencionado tornaba abstracta la posibilidad de que se hagan efectivas las sanciones conminatorias (fs. 211).

Finalmente, con fecha 29 de octubre de 2009, se dictó sentencia haciendo lugar al amparo. En esta oportunidad se decretó "la *nulidad de la etapa previa del procedimiento de propuesta* de la Dra. Daniela Bruna Ugolini llevado a cabo por el señor Jefe de Gobierno Ing. Mauricio Macri a fin de cubrir una vacante en el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (…)" (fs. 233/236 vta., el destacado ha sido añadido).

La apuntada decisión fue objeto de un recurso de apelación por parte del GCBA que a la fecha no ha sido resuelto por la Cámara de Apelaciones.

Expte. nº 35.117/0, "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 13.

Los actores Fabio Basteiro, María A. González, Julio Raffo, Laura García Tuñón, Delia Bisutti, Rafael Gentili y Adrián Camps, en su calidad de diputados electos, interpusieron acción de amparo contra el GCBA (Poder Ejecutivo) a fin de que se "...declare la ilegalidad del procedimiento iniciado por dicha autoridad pública relativo a la nominación de una candidata para ocupar un puesto de vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad" por violar los plazos expresos establecidos en el dec. 1620/03 que, con carácter de reglamento autónomo de alcance general, establece las reglas a las que debe sujetarse el Poder Ejecutivo en dicha clase de procedimientos. En consecuencia, requirieron se ordene al Poder Ejecutivo y a la Legislatura de la Ciudad que "se abstengan de proseguir el procedimiento ilegal denunciado, como así también de iniciar o reiniciar cualquier procedimiento relativo a la nominación de un miembro del TSJBA en tanto no se produzca una vacante en dicho Tribunal". Al fundar su pretensión los amparistas señalaron que "[e]l inicio del procedimiento de reemplazo de un miembro del TSJBA antes de que se produzca la vacante correspondiente, con manifiesta vulneración de la reglamentación vigente ocasiona, en el sub examine, un perjuicio especial y diferenciado a los derechos políticos ya mencionados de quienes, como los aquí presentantes, deberíamos intervenir en la formación de la voluntad de la Legislatura, en caso

que dicho procedimiento se realizara conforme al debido proceso legal, es decir, conforme a las normas que regulan dicho procedimiento".

En la demanda se solicitó que con carácter cautelar se ordenara "...al Poder Ejecutivo y a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no innovar en el procedimiento de nominación en curso, y abstenerse de realizar todo acto que implique un avance en el desarrollo del procedimiento de nominación, hasta tanto se dicte sentencia en esta acción de amparo".

La citación de la candidata propuesta no fue requerida por los actores ni dispuesta por el juzgado interviniente.

También con fecha 25 de septiembre de 2009, el juez de la causa dictó una medida precautoria, consistente en "*(s)uspender el procedimiento de designación* para cubrir el cargo de Juez/a del Tribunal Superior de Justicia instado por el Jefe de Gobierno mediante el mensaje nº 117/2009, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos" (el destacado ha sido añadido).

Luego, el 14 de diciembre de 2007, el juez de primera instancia resolvió *declarar extinguido* el objeto del proceso, por considerar que la pretensión esgrimida había devenido abstracta.

Expte. nº 35.322/0, "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 6.

El actor, con domicilio real denunciado en la CABA, invocó su calidad de ciudadano y abogado de la matricula de esta Ciudad para promover una acción de amparo "...contra la Junta de Ética de la Legislatura Porteña ... por haber violentado las constituciones nacional y local al iniciar el procedimiento de selección de la candidata al Tribunal Superior de Justicia... solicitando se declare la nulidad del acto —despacho de Junta de Ética— por el cual se dio inicio al procedimiento". En tal sentido, postuló que el procedimiento en cuestión "...es nulo de nulidad absoluta toda vez que parte de un vicio insalvable: haber sido iniciado luego de dictadas tres ordenes judiciales que resolvieron que el mismo no debía iniciarse". Fundó la pretensión esgrimida "...en lo normado por los arts. 10, 14 y 108 de la CCBA y 16, 19 y 28 y 75 inc. 22 de la C.N." pues a su criterio "(d)e los hechos denunciados surge que se estarían vulnerando los principios de legalidad y razonabilidad, así como también el propio sistema de división de poderes".

En la demanda se solicitó la suspensión del procedimiento de designación con carácter cautelar.

En consecuencia, con fecha 20 de octubre de 2009, la jueza de grado dispuso: "*1)* Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el ciudadano porteño Norberto Carlos Berner y ordenar al Presidente de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires Dr. Oscar Zago *suspender en forma inmediata el procedimiento* dispuesto por la resol. 5-JEAOC-09 hasta que se resuelva la cuestión de fondo planteada en el *sub lite* en forma definitiva (...) La demandada deberá informar detalladamente y dentro del plazo de dos (2) días en

las presentes actuaciones el cumplimiento pormenorizado de la presente medida (...) Citar a audiencia de explicaciones a celebrarse en sede del tribunal el día (...) al señor Hugo López Tanco, Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien deberá concurrir muñido de todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/1/2008 a la fecha" (el destacado ha sido añadido).

Ante la denuncia de incumplimiento de la cautelar transcripta se resolvió, con fecha 23 de octubre de 2009: "Tener por incumplida la resolución de fs. 40/43 (...) *Librar mandamiento* con habilitación de días y horas inhábiles para que el oficial de justicia *ad hoc* se constituya en sede de la Legislatura de la CABA (...) e intime al Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, Lic. Hugo Leandro López Tanco, o quien lo reemplace legalmente y/o resulte ser la máxima autoridad administrativa en dicho momento y/o en cualquier otra dependencia administrativa de la Legislatura de la CABA en donde se hallare, *el expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura de la CABA, todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/8/2008 a la fecha,* proceda su exhibición a los efectos de su compulsa por el oficial de justicia *ad hoc*, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 239 del C.P. de la Nación (...) *Librar mandamiento* con habilitación de días y horas inhábiles para que el oficial de justicia *ad hoc* se constituya en sede de la Legislatura de la CABA (...) e intime al Director de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, Lic. Hugo Leandro López Tanco, o quien lo reemplace legalmente y/o resulte ser la máxima autoridad administrativa en dicho momento y/o en cualquier otra dependencia administrativa de la Legislatura de la CABA en donde se hallare, a la *entrega del expediente administrativo remitido por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la propuesta de designación al Tribunal Superior de Justicia de la Dra. Daniela Bruna Ugolini, todos los expedientes administrativos iniciados en su consecuencia por parte de la Legislatura de la CABA, todas las resoluciones y actas de dicha Junta desde el 1°/8/2008 a la fecha.* Si se negasen, se procederá a su secuestro (conf. art. 203 del CCAyT). Todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal de la Nación. Se deja constancia que el oficial de justicia *ad hoc* se encuentra facultado a allanar el domicilio, violentar cerradura y requerir el auxilio de la fuerza pública, en caso que fuere menester (...) Requerir el auxilio de la fuerza pública, con la presencia de dos móviles policiales con dotación completa los que deberán hacerse presente en la dependencia del Tribunal en el lunes 26 de octubre de 2009 a las 12:00 hs, a cuyo fin líbrese oficio por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles" *(sic)*.

El 26/10/2009 se secuestró documentación obrante en sede de la Legislatura y a fs. 130 del expediente obra nota de devolución del Libro de Actas de la Junta de Ética y de cuatro biblioratos.

Finalmente, por resolución del 29/10/2009 al constatar que "...no se encuentra acreditado el cumplimiento de la medida cautelar de fs. 40/43, sino que todo lo contrario, se continuó con el procedimiento previsto en la resol. 5-JEAOC-09, configurándose una clara desobediencia del Presidente de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura de la CABA, Oscar Zago" la magistrada interviniente resolvió "remitir los presentes obrados mediante oficio de estilo al señor Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional de la Capital Federal a sus efectos".

La citación de la candidata propuesta no fue requerida por el accionante ni dispuesta por el juzgado interviniente.

Por su parte, la Legislatura mediante apoderado apeló la medida cautelar dispuesta y su recurso fue concedido en relación y sin efecto suspensivo.

Expte. n° 35.327/0, "Pisoni, Carlos c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)", acumulado a los autos "Berner".

El actor, con domicilio real en esta jurisdicción local, invocando su condición de ciudadano porteño e integrante del Observatorio de Derechos Humanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promovió acción de amparo contra la Junta de Ética de la Legislatura "...a los fines de que procedan a sujetar su accionar a la Constitución local, y a la nacional, en lo que respecta al Proceso de selección Juez del Tribunal Superior de Justicia, candidata Ugolini, propuesta por el Poder Ejecutivo". Al fundar su pretensión invoca el principio de legalidad.

En la demanda se solicitó la suspensión del procedimiento de designación con carácter cautelar.

El magistrado interviniente estimó que los planteos esgrimidos guardaban relación de "interdependencia y subordinación" con los formulados en el expediente "Berner" por lo que correspondía acumularlos para que tramitaran ante el juzgado previniente al que se ordenó remitirlos.

Expte. nº 35.321/0, "Ventura, Leandro Ariel c/Legislatura de la Ciudad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)" acumulado a los autos "Berner".

El actor, con domicilio real en la CABA, invocó su condición de letrado inscripto en el CPACF para apoyar su "...derecho a reclamar y velar por la legalidad en los procedimientos de selección de magistrados en la Ciudad toda vez que los electos serán quienes intervengan en los procedimientos en los que me presentaré como patrocinante, apoderado o letrado en causa propia". En tal contexto, promovió acción de amparo contra la Junta de Ética de la Legislatura porteña a fin de que "se declare la nulidad del despacho" de esa Junta "...por el cual se dio inicio al procedimiento de selección de la Candidata al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad".

En la demanda se solicitó la suspensión del procedimiento de designación con carácter cautelar.

La magistrada interviniente remitió las actuaciones para que tramitaran ante el juzgado en el que estaba radicado el asunto "Berner" en vitud del "...principio de prevención y de acuerdo a lo previsto por el art. 7° de la ley 2145".

iv. Los concretos efectos de las resoluciones judiciales invocadas por el Poder Ejecutivo y la Legislatura para efectuar su presentación ante el Tribunal.

1. Según la reseña que antecede, es posible afirmar que existen varias causas judiciales en las que se dictaron diversos pronunciamientos provisorios que *suspendieron el procedimiento de nominación* de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo, uno definitivo que *declaró su nulidad* que no está firme y otro definitivo que *declaró extinguido el proceso*. Por lo demás, existen otras causas que fueron remitidas al juzgado donde se encuentra radicado el expediente "Berner" para que se dispusiera su acumulación.

Es así que, dejando de lado la causa "García Tuñón" que ya ha finalizado con un pronunciamiento del juez de primera instancia que declaró *extinguido el proceso*, todas las restantes causas no producen efectos sobre el trámite enderezado a lograr la designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo, pura y exclusivamente, debido a la vigencia de la medida cautelar dictada por este Tribunal Superior de Justicia. El conflicto, por lo tanto, mantiene actualidad, ya que si esta medida precautoria dictada por el Tribunal cesara, el procedimiento de designación impulsado por el señor Jefe de Gobierno —que ya se encontraba en su etapa legislativa— se trabaría automáticamente por los efectos de las diversas cautelares dictadas por la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

Desde ya, resulta improponible el argumento que intenta explicar que como hoy la Legislatura podría —si así lo deseara— tratar la propuesta de la Dra. Ugolini, el conflicto de poderes no existe. El problema existe, porque de lo que se trata es de determinar si la Legislatura puede tratar o no la propuesta que le cursó el Poder Ejecutivo —aprobándola o rechazándola— en los tiempos y en las condiciones que ella establezca dentro del marco constitucional y no a partir de lo que deciden otras autoridades públicas. En otras palabras, en los términos en que se ha planteado el presente conflicto de poderes, si se constata la indebida interferencia del Poder Judicial en ámbitos privativos de los otros dos poderes del Estado, la decisión del Tribunal debe limitarse, simplemente, a dejar expedita la posibilidad del tratamiento de la propuesta por parte de la Legislatura en condiciones tales que garanticen que ese trabajo se realice con plena libertad dentro del marco que fija el orden constitucional.

2. La transcripción de lo decidido en las causas consignadas basta para mostrar en qué consiste la interferencia que configura el conflicto de poderes planteado en autos, sobre todo frente al planteo formulado por la Legislatura de la Ciudad.

Como lo afirma el juez Lozano en su voto, de una parte, el Poder Ejecutivo elevó a la Legislatura una propuesta para cubrir la vacante del cargo de juez que existe en el Tribunal Superior de Justicia. Con ello, concretó una parte de sus atribuciones (nominar) que incluía la de esperar un trámite sin interferencias de su

requerimiento, esto es, un pronunciamiento de dicho Cuerpo sobre el punto en condiciones en que la voluntad de los legisladores pueda ser expresada sin restricciones emanadas de los restantes poderes del Estado. Esa atribución comprende tanto la facultad de designar, previa aprobación legislativa por mayoría potenciada, como el deber de cubrir los cargos de jueces vacantes impuesta por el art. 111 de la CCBA para posibilitar el funcionamiento del máximo órgano judicial en las condiciones previstas por el constituyente. En este sentido es que se observa el interés que reviste para el Poder Ejecutivo que la situación denunciada se resuelva.

Las diversas medidas cautelares que ordenaron suspender el procedimiento de designación, cuanto menos, impidieron que el Poder Ejecutivo pudiera ver analizada su propuesta por el órgano constitucionalmente encargado de prestar o denegar el acuerdo para el cargo de juez de este Tribunal y en las condiciones mencionadas *supra* obstaculizaron así, de un modo que los órganos interferidos no pueden superar por sí, su posibilidad de contribuir, cada uno de ellos conforme lo establece la CCBA, a la designación de un juez de este estrado. En tales condiciones, los referidos pronunciamientos cautelares impedían al Poder Legislativo avanzar con libertad con el procedimiento de designación en orden a brindar o no el acuerdo requerido por el Ejecutivo para cubrir una vacante en el Tribunal Superior de Justicia. El cumplimiento simultáneo de las medidas dispuestas por los diversos órganos del Estado resultaba imposible. El Poder encargado de nominar lo hizo. Por su parte, el responsable de aprobar o no esa nominación sólo pudo concluir normalmente el trámite para ponerse en condiciones de expedir o denegar el acuerdo, cumpliendo con la etapa de intervención propia de la Junta de Ética así como la convocatoria a la audiencia pública prevista por el art. 111 de la CCBA, en virtud de la medida cautelar dictada por este Tribunal, ya que los diversos pronunciamientos judiciales antes reseñados habían resuelto *suspender el procedimiento de designación*, con lo que impedían que los legisladores brindaran o no, a través de su voto, acuerdo a la candidata propuesta, así como que el Poder Ejecutivo quedara en condiciones de designar o nominar nuevamente.

3. En el marco del conflicto denunciado, ante la imposibilidad de ejecutar de modo simultáneo las reseñadas medidas dictadas por órganos permanentes del Poder Judicial y las que dispusieron el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo como parte del procedimiento de selección de un juez de este Tribunal, corresponde establecer cuál o cuáles de las competencias ejercidas deben prevalecer a partir de la atribución de potestades que a cada una de las ramas de gobierno mencionadas le asigna la CCBA.

v. Consideraciones acerca del procedimiento para la designación de los jueces del Tribunal Superior de Justicia previsto en la Constitución de la Ciudad y valoración del alcance de las medidas judiciales identificadas por el Poder Ejecutivo y la Legislatura como generadoras del conflicto de poderes.

1. El procedimiento establecido en la Constitución, como paso previo para que se emita el acto complejo de designación de un juez del Tribunal Superior de

Justicia, *es uno solo*, aunque esté compuesto por distintas etapas sucesivas. Y es la propia Constitución la norma que establece sus rasgos esenciales.

Así, la primera etapa transcurre ante el Poder Ejecutivo, autoridad que propone al candidato a juez del Tribunal (art. 104, inc. 5º). La segunda etapa se da ante la Legislatura, ya que el Jefe de Gobierno debe someter la referida propuesta a su consideración. Así, el órgano legislativo debe evaluar la propuesta en *sesión pública* convocada al efecto (art. 111) para luego poder decidir *si presta el acuerdo requerido o no lo hace*. En caso de lograrse el acuerdo en los términos exigidos por la Constitución —se necesita el voto positivo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura—, finalmente, es el Jefe de Gobierno quien debe volver a intervenir para efectuar la *designación* correspondiente (art. 111). Cabe añadir que la Carta Magna local también detalla los requisitos que deben reunir los candidatos (art. 112).

2. Tanto el acto de designación que debe emitir el Poder Ejecutivo como el procedimiento que lo precede en los términos previstos por la Constitución pueden dar lugar, llegado el caso, a cuestiones *justiciables*, es decir, sujetas al control del Poder Judicial, en tanto se observe el marco elemental que fija el art. 106 de la CCBA: "Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de *todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución*, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales (…)".

Ahora bien, a esta altura, corresponde preguntarse, siempre a la luz de lo que establece la Constitución: ¿en qué condiciones los jueces pueden ingresar en el conocimiento y decisión de un tema como el involucrado en este expediente (control del procedimiento complejo en etapas de designación de un magistrado del Tribunal Superior de Justicia a cargo del Poder Ejecutivo y de la Legislatura)?

3. Por lo pronto, la Constitución, para garantizar el principio de división de poderes bajo el diseño de frenos y contrapesos básico para la vigencia del sistema republicano, consagra el control de la constitucionalidad de las leyes y los actos emanados de los poderes públicos en el marco de un "caso judicial" instado por parte legitimada al efecto según las previsiones que el propio ordenamiento jurídico establece, mas no autoriza a los jueces para interferir y mucho menos impedir la interacción institucional que por mandato constitucional deciden encarar los poderes políticos del Estado en ejercicio de sus competencias privativas para cumplir con los objetivos que el poder constituyente les ha encomendado y emitir así una decisión determinada.

A lo sumo, si de lo que se trata es de conjurar alguna situación proveniente de la actividad privativa de los poderes políticos susceptible de vulnerar derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente en cabeza de algún vecino o grupo de ellos —debidamente legitimado para actuar en juicio—, lo que puede hacerse desde los tribunales de justicia es disponer todas las medidas preventivas contempladas en el ordenamiento que sean necesarias para que una hipotética sentencia

estimatoria de la impugnación por razones de ilegitimidad de ese procedimiento de formación de la voluntad estatal para la toma de decisión y/o de su eventual producto final —en este caso, el acto de designación— sea ejecutable en el plano de la realidad.

3.1. Las medidas cautelares mencionadas en este expediente no buscaron impedir que el trámite que se pretendía controlar —por estimarse viciado por razones de ilegitimidad— produjera efectos jurídicos definitivos o de imposible o difícil reparación ulterior respecto de los derechos invocados por los vecinos de la Ciudad que se presentaron ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, sino que, lisa y llanamente, intentaron abortar por completo su continuación cuando ya estaba en pleno desarrollo la etapa legislativa del proceso en una instancia preparatoria. De este modo, se cercenó de manera palmaria, sin justificativo válido, la atribución constitucional de la Legislatura de *tomar alguna decisión* sobre el particular, a pesar de que la propia Constitución establece que la propuesta del Jefe de Gobierno debe ser sometida a su consideración exclusiva para prestar acuerdo al pliego o denegarlo, impidiéndole, no sólo manifestar su voluntad, sino directamente *trabajar* para estar en condiciones de decidir, con el añadido de que, en tren de impedir el funcionamiento interno de la Legislatura, se fijaron sanciones conminatorias a los legisladores que osaran hacerlo.

Así, al ocluir la posibilidad de tratamiento de la propuesta formulada por el Poder Ejecutivo a la Legislatura no sólo se impidió que el proceso de designación se desarrollara de conformidad con las previsiones constitucionales expresas que lo rigen sino que, paradójicamente, se impidió cualquier posibilidad de que el propio Poder Legislativo pudiera, en el momento oportuno, considerar siquiera las objeciones que se levantaban contra la etapa inicial del trámite desarrollado ante el Poder Ejecutivo y eventualmente hacerlas suyas para pedir a quien corresponda las explicaciones del caso o incluso decidir rechazar la propuesta formulada, con lo cual, en el último de los supuestos, todos los planteos judiciales que generaron las medidas cautelares habrían devenido abstractos.

3.2. No puede pasar desapercibido que la Constitución prevé en su art. 111 que la instancia participativa por excelencia de este procedimiento complejo de designación —la *audiencia pública* donde el pueblo puede expresar su opinión acerca del candidato propuesto para ocupar el cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia— debe desarrollarse en la etapa que le toca instruir a la Legislatura. Además, existe un detallado plexo legal que reglamenta con suma minuciosidad las modalidades y la oportunidad en que tal instancia participativa debe concretarse para este tipo de casos (ley 6, en especial Capítulo VI del Título II: "De las Audiencias Públicas para designaciones y acuerdos" y Título III: "Del reglamento general de las Audiencias Públicas"), debiéndose recordar también las disposiciones de la ley 331, relativas a la *forma de remisión o presentación de los pliegos* para que la Legislatura aborde las propuestas que requieren su acuerdo, norma que además *otorga un plazo perentorio para que se puedan suplir las omisiones no esenciales o*

corregir los errores involuntarios que surjan del pliego en la instancia preparatoria del trámite a cargo de ese poder del Estado.

Desde esta perspectiva, las instancias de participación ciudadana que le toca conducir a la Legislatura, precisadas en la Constitución y reglamentadas por la ley, no pueden encontrarse limitadas por lo que suceda en la etapa previa de formulación de la propuesta que le corresponde ejercer al Poder Ejecutivo, mucho menos a partir de lo que disponga una reglamentación subalterna que establece ciertas modalidades de cumplimiento para esta etapa inicial de *propuesta* del candidato, cuyos efectos, evidentemente, no pueden proyectarse sobre la actividad que debe encarar el Poder Legislativo alterando un mandato constitucional expreso.

Entonces, a pesar de las claras directrices que surgen del ordenamiento jurídico vigente y que de manera específica están destinadas a garantizar una instancia de deliberación participativa plena en el ámbito natural de discusión de los temas relevantes para la vida institucional de un Estado y la de sus habitantes —obviamente me refiero al Poder Legislativo, genuino representante de la voluntad popular integrado por las diversas fuerzas políticas que canalizan las opiniones del electorado en su conjunto—, los magistrados que dictaron las medidas cautelares que motivaron el conflicto de poderes optaron por intervenir de manera prematura en el trámite legislativo que se encontraba en curso e impidieron que tal procedimiento de designación fuera conducido y desarrollado por el órgano investido por la Constitución y la ley de competencias privativas para abordar el tema.

Que quede claro: lo que determina el exceso del Poder Judicial en este caso no es el trámite en sí mismo de los expedientes antes consignados —que, en los hechos, pueden proseguir en un marco de respeto por las normas constitucionales que regulan el procedimiento de designación que se intentara abortar—, sino el peculiar alcance de las medidas precautorias decididas en su ámbito que pretendieron interferir de manera palmaria, incluso, en el funcionamiento interno de otro poder del Estado (la Legislatura, máxima expresión de la voluntad general).

3.3. En los pronunciamientos cautelares dictados parece haberse acertado al interpretar que el procedimiento enderezado a lograr la designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia es uno solo,[39] pero no parece haberse advertido que si esto es así: *a)* el mismo procedimiento complejo regulado en sus aspectos básicos por la Constitución prevé diversas instancias participativas que no son excluyentes entre sí; *b)* a su respecto no rige ningún tipo de preclusión que impida a los vecinos formular todas las objeciones que estimen pertinentes, primero ante el Poder Ejecutivo y luego, si así lo desean, ante el Poder Legislativo, siempre de

[39] En la sentencia recaída con fecha 22/10/2009 en la causa "Grodnitzky", mediante la cual se ordenó a la Legislatura la devolución de la propuesta remitida por el Poder Ejecutivo en el término de dos (2) días hábiles administrativos, por ejemplo, se afirma que por medio del dictado de la resolución de la Junta de Ética se pretende llevar adelante el procedimiento "actuando como si fueran escindibles las etapas del procedimiento".

conformidad con lo establecido en la Constitución y en la ley 6; y *c)* el Jefe de Gobierno, al finalizar la etapa inicial de *propuesta* que tiene a su cargo, si decide sostener su nominación, debe remitirle a la Legislatura "todo lo actuado", es decir, incluidas las eventuales observaciones respecto de los antecedentes del candidato que pudieran haberse formulado en su ámbito, con lo cual la Legislatura tendrá cabal conocimiento de ellas a la hora de evaluar el pliego en su sede, aunque la persona que formuló tal observación decida no intervenir en la posterior etapa legislativa al celebrarse la audiencia pública establecida en el art. 111 de la CCBA.

Asimismo, cabe resaltar nuevamente en este punto que la forma de remisión o presentación de los pliegos de candidatos propuestos a ocupar cargos públicos que necesiten del acuerdo de la Legislatura se encuentra regulada de manera específica por la referida ley 331, norma que detalla en su art. 2º todos y cada uno de los datos curriculares que debe contener el pliego (personales; estudios cursados; estudios de posgrado; antecedentes laborales y profesionales; cargos públicos desempeñados; antecedentes académicos e institucionales; publicaciones, trabajos de investigación, monografías y tesis realizados; distinciones, menciones y premios obtenidos; mención de las entidades públicas y privadas de carácter científico, académico o social a las que pertenece el candidato; certificación de que se cumple con el art. 57 de la CCBA y presentación de la constancia expedida por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal; cumplimiento de las exigencias de la ley 269 —que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos— y mención de los procesos judiciales que lo involucran como imputado, procesado o condenado, y cualquier otra información de relevancia). La presentación de estos antecedentes curriculares, según la ley citada, tendrá valor de declaración jurada (art. 3º). En caso de falseamiento de los antecedentes curriculares no podrá prestarse acuerdo o designarse al candidato o candidata propuesto (art. 4°). En el supuesto de error involuntario u omisión no esencial, la Junta de Ética de la Legislatura intimará en un plazo perentorio al candidato o candidata a suplir la omisión o corregir el error (art. 5°).

3.4. Por último, en este punto, no puedo dejar de mencionar cierta perplejidad que me genera advertir que si el producto del procedimiento participativo de consulta instaurado por el Poder Ejecutivo en la etapa de *propuesta* del candidato —trámite sobre el que tanto se ha escrito y hablado en este expediente— no es vinculante para el Jefe de Gobierno, según lo establece el propio dec. 1620/03, ello implicaría que si alguien sostuviera en esa primera instancia participativa con argumentos serios y concretos que la persona nominada no reúne la idoneidad que requiere el cargo, el Poder Ejecutivo podría, de todos modos, elevar la propuesta para que la Legislatura la evalúe, porque además así lo autoriza la Constitución más allá de lo que pueda establecer cualquier decreto dictado por el Jefe de Gobierno para autorregular su toma de decisión. Nadie ha discutido que esto no sea así en este proceso. Ahora bien, según la interpretación del plexo normativo aplicable que parece haberse efectuado en las medidas cautelares mencionadas en este expediente, pareciera que si alguien no cuestiona de manera concreta la idoneidad del candidato,

sino que se limita a expresar como observación al pliego propuesto por el Jefe de Gobierno que "no sabe" o "no puede saber con certeza" (por ejemplo, a partir de la información con la que cuenta o que se le brinda desde el Poder Ejecutivo) si esa persona es idónea para el cargo para el cual se la postula, en este caso, el Jefe de Gobierno ya no podría proponer la nominación respectiva ante la Legislatura. Ello no sólo me parece cuanto menos opinable, sino que, fundamentalmente, me permite percibir el grado de desmesura de lo decidido en las causas reseñadas con anterioridad, por ejemplo, al exigirse a la Legislatura *la entrega* a un oficial de justicia del expediente administrativo que contiene la nominación de la Dra. Ugolini o en su defecto *autorizar su secuestro,* "(t)odo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del C.P. de la Nación (…). Se deja constancia que el oficial de justicia *ad hoc* se encuentra facultado a allanar el domicilio, violentar cerradura y requerir el auxilio de la fuerza pública, en caso que fuere menester (...) Requerir el auxilio de la fuerza pública, con la presencia de dos móviles policiales con dotación completa los que deberán hacerse presente en la dependencia del Tribunal en el lunes 26 de octubre de 2009 a las 12:00 hs, a cuyo fin líbrese oficio por secretaría con habilitación de días y horas inhábiles" *(sic)* (causa "Berner", decisión del 23/10/2009, el destacado ha sido añadido).

3.5. Nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, no posibilita que el Poder Judicial interfiera en el procedimiento de formación y sanción de las leyes que regula la Constitución, ni siquiera en sus aspectos reglados, si no existe un caso judicial que contenga un planteo concreto y actual (maduro, no prematuro) formulado por parte legitimada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, hace tiempo que ha zanjado el debate en punto al control judicial del procedimiento adoptado para la formación y sanción de las leyes y ha entendido que tal escrutinio resulta posible siempre y cuando "se demuestre la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables" que condicionan la creación de aquéllas. Así, en el precedente "Nobleza Piccardo SAIC y F v. Dirección General Impositiva", en un caso donde se tachó de inconstitucional el art. 27 de la ley 23.905 dado que se podía constatar que el proyecto de ley, en su parte pertinente, no había sido aprobado por ambas cámaras del Congreso de la Nación, sostuvo que el mismo no pudo ser pasado al Poder Ejecutivo para su examen y promulgación en virtud de lo dispuesto en el art. 78 de la C.N. (*Fallos,* 321:3487). En similar sentido se expresó el Tribunal cimero en el precedente "Famyl S.A. v. Nación Argentina", ante un caso donde le tocó examinar la validez constitucional de una promulgación parcial realizada por el Poder Ejecutivo Nacional respecto de una ley sancionada por el Congreso, a la luz de los preceptos contenidos en los arts. 80 y 83 de la Carta Magna (*Fallos,* 323:2256).

3.6. Este Tribunal, por su parte, al decidir en la causa "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/art. 14, CCBA", expte. nº 1866/02, resolución del 27/11/2002, publicada en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. IV, pp. 664 y ss., tuvo en cuenta que en el caso ya se había

expedido la Legislatura rechazando el pliego del actor, ergo, estaba expedita la vía judicial porque el órgano mencionado había ejercido su soberana competencia constitucional. En otras palabras, antes de que la Legislatura diera su última palabra hubiera sido improcedente la intervención de la justicia.

Tal como lo recuerda mi colega Ana María Conde en su fundado voto al que adhiero en este punto, el juez Guillermo A. Muñoz —colega hoy fallecido cuya memoria nos despierta un entrañable recuerdo—, en los expedientes acumulados nos. 1066/01, 1076/01 y 1077/01 "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/art. 14 CCBA", resolución del 21/11/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 642 y ss., refiriéndose a las facultades de la Legislatura para designar un juez, decía que "[l]a forma, la medida y el grado con que la Legislatura use esa potestad es una cuestión que sólo puede ser valorada después de que se haya ejercido. Es que la discrecionalidad del acto de aprobación o rechazo no es un prius que derive necesariamente de su naturaleza, sino un posterius al que se llega una vez que la potestad es ejercida". Es decir, que la designación de un juez puede ser cuestionada *a posteriori* cuando se aparta de las normas constitucionales y cuando quien ejerce la acción está legitimado porque tiene un derecho subjetivo afectado. La intervención del ciudadano se limita al momento de efectuar las impugnaciones y serán sus representantes, los legisladores, quienes —en definitiva— mediante una mayoría calificada admitirán, rechazarán el pliego o decidirán no tratarlo. Es decir, que la participación ciudadana —directa o indirectamente— está garantizada en todo el proceso.

Por mi parte, en el precedente "Spisso" (expte. nº 1866/02, sentencia del 27/11/2002), ya citado, donde concretamente se discutía la validez de la decisión de la Legislatura mediante la cual había rechazado el pliego del actor para el cargo de juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario sin brindar fundamento alguno, además, tuve ocasión de expresar que "en mi concepto, una cosa es que un órgano o cuerpo posea la atribución —sobre la base de una habilitación normativa—, para tomar decisiones en ejercicio de facultades discrecionales y otra, bien distinta, es que pueda hacerlo sin expresar una motivación, una causa, un fundamento. No parece discutible sostener que, a partir de la regulación contenida en el art. 118 de la CCBA, la Legislatura se encuentra facultada para rechazar, por una sola vez, al candidato propuesto por el Consejo de la Magistratura para cada vacante que se debe cubrir, con el fundamento que esgrima, a su sólo criterio. Sin embargo, discrecionalidad no significa antojo, capricho y, mucho menos, arbitrariedad o venganza. El ejercicio de la discrecionalidad, como toda la actividad pública en un Estado que adscribe al sistema republicano de gobierno, también se desarrolla a partir y dentro del marco jurídico vigente (el bloque de legalidad en terminología de Hauriou). La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha adoptado para su gobierno la forma republicana, conforme se expresa en el art. 1° de la Constitución local, y por imperativo, incluso, del art. 5º del Estatuto Supremo. También, en la introducción misma a la Carta Magna de 1996, igual precepto consagra la publicidad de todos los actos de gobierno (…)".

Seguidamente, siempre al tratar la cuestión referida al control que le cabe ejercer al Poder Judicial de las decisiones discrecionales de los poderes políticos, agregué en dicha sentencia: "Estoy convencido que aun en el caso de la adopción de decisiones discrecionales por la Legislatura, es menester indicar con precisión las razones de hecho y de derecho que fundamentan su adopción, más cuando se rechaza el pliego de quien ha sido considerado el más idóneo por el dictamen del jurado de expertos y del Consejo de la Magistratura, convirtiendo a su ausencia en un vicio grave de validez, ya que en los Estados de derecho hay una interdicción expresa a la arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos, prohibición que obliga a distinguir netamente entre la discreción y el arbitrio legítimo y la mera voluntad o el puro capricho de los gobernantes (v. García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás R.: *Curso de derecho administrativo*, 10ª edición, primera reimpresión, tomo I, Título Tercero: 'La posición jurídica de la Administración', Capítulo VIII: 'El principio de legalidad de la Administración', parágrafo IV: 'Potestades regladas y potestades discrecionales', punto 3: 'Las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad', pp. 463 y ss., Civitas, Madrid, 2001).// Al respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* 'Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos' (*Fallos,* 315:1361), sentencia del 23/6/1992, que aún en el supuesto de que se reconozca un margen de discrecionalidad en el obrar de los entes administrativos —y esto vale también para la Legislatura—, ello no implica en absoluto que tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que su desempeño no resulte fiscalizable, agregando: En otras palabras, que aún en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que 'la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferir el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba' (D.M.K. Realty Copr. v. Gabel, 242 N.Y.S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar —como bien se ha señalado— 'una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos' (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, I, Civitas, Madrid, 4ª ed., 1984, p. 433)".

También cabe recordar que al fallar en la causa "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/pedido de inhibitoria en: 'Gallardo, Roberto Andrés c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 4312/05, resolución del 9/11/2005, el Tribunal dejó en claro que en el marco del trámite de enjuiciamiento de un juez de la Ciudad previsto en los arts. 121 a 123, CCBA, en el que intervienen el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, ningún organismo judicial tiene competencia para entrometerse o interferir en el trámite y decisiones de tales organismos constitucionales adoptadas en el ejercicio de sus facultades privativas, salvo el Tribunal Superior de Justicia previa impugnación por manifiesta arbitrariedad, mediante el recurso directo que prevé el art. 29 de la ley 54 de la decisión final del Jurado de Enjuiciamiento (véase en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VII-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 1350 y ss.).

En el mismo entendimiento, al resolver por unanimidad en el expte. nº 1251/01 "Nieto Suanno, María Cristina c/Política Abierta para la Integridad Social (P.A.I.S.) y otro s/amparo", resolución del 15/11/2001, el Tribunal sostuvo que del texto del art. 77 resulta claro que el Poder Legislativo tiene la facultad privativa de resolver quién debe integrar el Cuerpo, si se plantea la pretensión de dos o más personas para ocupar un mismo escaño y que hasta tanto la Legislatura de la Ciudad no adopte una decisión, no cabe proponer al Tribunal una cuestión que implique, para ser resuelta en este momento, dejar de lado las atribuciones originarias y privativas de la Legislatura (véase en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 616 y ss.).

3.7. Lo expuesto permite advertir que, las causas "Grodnitzky", "Cabrera" y "Berner" —se prescinde de considerar la causa "García Tuñón" por las razones que se expondrán más adelante— constituían supuestos asimilables —*mutatis mutandi*— a los citados "Gallardo" y "Nieto Suanno" en el sentido de que estaba en pleno desarrollo el proceso de designación de un juez del Tribunal Superior de Justicia previsto en los arts. 104, inc. 5° y 111, CCBA y, consecuentemente, los jueces que conocieron en ellas debieron haberse abstenido de adoptar decisiones que importaban dejar de lado atribuciones originarias y privativas de los otros dos poderes del Estado, en tanto no hubieran sido plenamente ejercidas o satisfechas, sin que por ello se pueda entender cercenada la posibilidad de los jueces de dictar alguna medida precautoria respetuosa de la Constitución y en particular del principio de división de poderes, destinada a asegurar que las hipotéticas sentencias estimatorias de las pretensiones de fondo que pudieran llegar a emitirse en un futuro resultaran ejecutables en el plano de la realidad —por ejemplo, dejando en suspenso la ejecución del hipotético acto de designación de la candidata hasta tanto se dicte resolución definitiva.

Entonces, queda claro también que es regla convalidada por la jurisprudencia la de no interferir en el ejercicio de facultades privativas de un poder del Estado cuando ellas se encuentran en pleno desarrollo y no se han completado.

Cabe asimismo señalar que el argumento acerca de la naturaleza preventiva que ostenta la acción de amparo no es suficiente para soslayar lo antedicho e impedir el ejercicio pleno de las facultades privativas de los poderes Ejecutivo y Legislativo en casos como los denunciados en autos. Una conclusión contraria solo conduciría a desnaturalizar las funciones de los tres poderes del Estado. Basta imaginar, como se señaló anteriormente, una medida judicial que impida al Poder Ejecutivo enviar un proyecto de ley al parlamento, o que obstaculice su tratamiento por las comisiones legislativas pertinentes, o que imposibilite su consideración por la Legislatura. En otras palabras que de cualquier manera interfiera en alguna de las distintas etapas del proceso complejo de formación de una ley (iniciativa, debate, sanción y promulgación o veto) antes de que se haya completado el proceso previsto en los arts. 86 y concordantes de la CCBA, más aún, cuando los aspectos o insuficiencias que pudieron haber acontecido en una fase bien pueden ser suplidos

en la siguiente, tal cual ocurre en el supuesto de autos, por ejemplo, a partir de las previsiones de la ley 331.

Tampoco, y consignado a modo de conjetura, podría considerarse viable que por una decisión judicial cautelar, por ejemplo, se pretendiera instruir a cada uno de los miembros de la Legislatura sobre la *obligatoriedad de no votar en otros términos la ley de presupuesto si no se asigna, como mínimo, un determinado importe para la Justicia* (jurisdicciones 5, 6 y 7), tomando en cuenta la facultad que la Constitución le asigna al Tribunal Superior y al Consejo de la Magistratura para *proyectar los respectivos presupuestos* (arts. 114 y 116, inc. 6º, de la Carta Magna local), atendiendo a la circunstancia de que se tome noticia de que la comisión parlamentaria correspondiente ha previsto un recorte de recursos, pasando por alto que la sanción de la apuntada ley es de la competencia privativa, exclusiva y excluyente del Poder Legislativo (art. 80, inc. 12, de la CCBA), *principio de derecho recibido* que alumbra con la bifurcación del de legalidad financiera, al quedar reflejado tanto en el establecimiento de los tributos como en la habilitación legal y anual de las erogaciones, que algunos remontan a Inglaterra a partir del 13 de febrero de 1689, cuando Guillermo III y María de Orange debieron aceptar, como requisito de coronación en el trono vacante, la Carta de Derechos —*Bill of Rights*—, preparada por el Parlamento, consumando, de tal modo, un pacto nuevo entre su persona y los súbditos, que obligaba a la reunión anual de la Gran Asamblea del Reino para ratificar los impuestos con tal vigencia, dando oportunidad para conocer y aprobar los correlativos gastos (conf. Sáinz de Bujanda, Fernando: *Hacienda y derecho*, tomo I, 2ª reimpresión, capítulo VI: "Organización Política y Derecho Financiero", parágrafo v: "Cortes, reyes e impuestos", punto 23: "El problema de la soberanía fiscal en el Estado moderno. Atribuciones del Rey y de las Cámaras en materia fiscal", subpunto C: "Deslinde de atribuciones fiscales entre el Rey y las Cámaras legislativas", apart. a): "La Monarquía nacional inglesa", pp. 264 y ss., en particular pp. 268, 273 y 274, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975). Todo lo dicho, a simple modo de ejemplo, y sin perjuicio de rescatar, como siempre lo he hecho, el valor superlativo de dar *garantías de suficiencia financiera a la gestión de justicia* —siempre entendida en términos que no represente indebido privilegio individual o sectorial—, como medio de preservar dicho valor, la que, de ser menester, deberá ser defendida, indudablemente, por los carriles pertinentes (v. gr. camino que desembocara en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: "Abel Bonorino Peró y otros v. Nación Argentina" —*Fallos,* 307:2174—, sentencia del 15/11/1985, que fue resuelta, obviamente, por conjueces, los doctores Augusto Mario Morello, Germán Bidart Campos, Luis Moisset de Espanés, Ernesto R. Gavier y Roberto A. M. Terán Lomas).

3.8. Ya he enfatizado en anteriores votos dictados en distintas decisiones que me tocó emitir como integrante de este Tribunal —incluso en este mismo expte. nº 6836/09, con fecha 26/11/2009— que: "El Poder Judicial debe estar libre de ataduras y no encontrarse sometido a influencias opresivas, incluso implícitas —como las que pudieran derivarse de la asignación insuficiente de recursos finan-

cieros—, de otros órganos o sujetos de la acción política, como modo de garantizar su independencia. A tal efecto, sus órganos tienen carácter permanente mediante tribunales de justicia preestablecidos, reconociéndose a sus titulares, por lo general, carácter vitalicio, los que actúan como jueces naturales; además, la función jurisdiccional les es privativa. No se admiten presiones externas, ni instrucciones o directivas acerca del modo de ejercitar el poder. Los jueces tienen estabilidad en el cargo, esto es, son inamovibles, salvo que queden incursos en causal de mal desempeño, supuesto en que sólo pueden ser destituidos mediante procedimientos especiales, rodeados de las máximas garantías. También está asegurada la intangibilidad de sus remuneraciones. En las condiciones preindicadas, en el Estado Constitucional de Derecho el Poder Judicial se convierte en un custodio eficiente de la supremacía de la Constitución y del sometimiento de los poderes públicos a la ley" (causa: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucioanlidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)'", expte. nº 6190/08, sentencia del 5/3/2009); pero al mismo tiempo he añadido que: "Más allá de que la forma republicana... deba propender, por medio de la separación de poderes, a la más plena independencia del Poder Judicial, sobre todo cuando ejercita el delicado rol de control de constitucionalidad y legalidad de la acción gubernativa —en el Estado constitucional de derecho, las leyes deben conformarse a la Constitución y los poderes públicos se ven sometidos al bloque de legalidad como al control judicial suficiente—, también es necesario tener presente que es menester prevenir la tentación de que se exorbite el rol de los jueces, anulando decisiones regulares de los otros poderes públicos, adoptadas en la esfera de sus competencias, sobre la base de juicios subjetivos de mera conveniencia, a partir de interpretaciones dogmáticas de los preceptos prescindentes de la ley que puedan conducir al tan vituperado gobierno de los jueces —véase: Lambert, Edouard, *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, Paris, 1921—" (mi voto en la causa antes referida).

Continué en aquella oportunidad indicando que "dentro del contexto jurídico delineado por la Constitución Nacional, las políticas del Estado deben ser el fruto de la voluntad popular, expresada por quienes son elegidos mediante el sufragio, esto es, deben emanar de los gobernantes representativos de que habla el art. 22 de dicho instrumento político, sobre todo teniendo en cuenta que los jueces no revestimos tal carácter a partir del modo en que somos designados y de la permanencia e inamovilidad en las funciones, en donde, por lo demás, se encuentra ausente la legitimación comicial periódica y reiterada, que otorgue la base de consenso que la democracia reclama a los gobernantes *stricto sensu* —ya que no hay representatividad sin periodicidad— (véase Oyhanarte, Julio: "El caso 'Bonfante'. La autolimitación de los jueces", *ED*, t. 57, pp. 805 y ss.).// También es preciso ponderar

el rol prevalente de los órganos políticos depositarios de la voluntad general, esto dicho en la significación rousseauniana, respecto de la Legislatura e, incluso, de la Jefatura de Gobierno, en tanto, en nuestro diseño constitucional local, se requiere de aquel que haya sido electo para ejercitar tal cargo, haber obtenido del cuerpo electoral, en primera vuelta, la mayoría absoluta de los votos, con exclusión de los en blanco y nulos (art. 96, párr. 2º de la Carta Magna). En este aspecto, no está de más tener presente 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). Es que ningún magistrado, por iluminado que sea, está habilitado constitucionalmente para interferir con las políticas públicas de los gobernantes representativos, salvo que sean írritamente antijurídicas por inconstitucionales o ilegales, sobre la base de la inveterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha enfatizado que la declaración de inconstitucionalidad es una medida de suma gravedad institucional que debe ser considerada como última *ratio* del orden jurídico (*Fallos,* 314:407; 315:923; 322:842 y 323:2409, entre muchos otros).// A este respecto, Julio Oyhanarte, criticando el activismo judicial en precedentes desviados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —motivados por la ideología de los magistrados que los emitieron, su vanidad o ignorancia— sentenció, en su hora, pregonando que: 'A veces, naturalmente, no resulta sencillo trazar una línea separativa entre el control de constitucionalidad y el empleo de juicios de conveniencia. Pero también es verdad que el sentido común, la intuición y el conocimiento del sitio que a cada uno le asignan las esferas constitucionales de competencia, permiten ver con claridad, al menos en la gran mayoría de los supuestos imaginables. Quienes sostuvieron que la fijación de cupos de producción era inconstitucional porque abría las puertas al comunismo de Estado [causa: 'Hileret y Rodríguez contra la Provincia de Tucumán, sobre inconstitucionalidad de la ley provincial de 14 de junio de 1902 y devolución de dinero', *Fallos,* 98:20, sentencia del 5/9/1903, considerando 24], hicieron una profesión de fe ortodoxamente liberal que no les está permitida. A la inversa, cuando la Corte afirmó, en el caso 'Gregorio Morán' [*Fallos,* 171:390, sentencia del 5/9/1903], que son irrazonables las leyes impositivas que discriminan por razones de raza o de color, ejerció su delicada función de control dentro de los límites estrictos que le son propios. El que no comprenda por qué, en términos jurídicos, lo primero estuvo mal y lo segundo bien, es mejor que se dedique a otra cosa, no al Derecho' —los datos consignados entre corchetes han sido añadidos— (conf. Oyhanarte, Julio, ob. cit., parágrafo XVI, p. 811). Agrego en este punto que,

en tal supuesto, resulta más aconsejable, para la salud institucional, que quienes aboguen desde el pretorio judicial por el inamovilismo a contrapelo de la legislación innovadora, o impulsen cambios radicales sin sustento normativo, desistan de tal intento por distorsionar el rol que les adjudica la Constitución y abandonen la función judicial para que, respondiendo a su vocación, desembarquen con transparencia en la arena política como ciudadanos de a pie, y sometan al escrutinio electoral las propuestas obstinadamente conservadoras o temerariamente innovativas que los inspiran" (todo ello, también del voto precedentemente citado).

vi. La causa "García Tuñón".

Tal como lo afirma en su voto mi colega la doctora Ana María Conde, en relación a este expediente que tramitó ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13, a partir de lo que surge de las constancias de fs. 674/676 —copia de la sentencia de ese tribunal que declaró extinguido el objeto del proceso—, hago mías las consideraciones realizadas por el señor fiscal general en su dictamen de fs. 897/918 y opino que debe declararse abstracto el conflicto de poderes a su respecto.

vii. Conclusión.

En suma, las medidas judiciales que bajo la modalidad cautelar impiden el ejercicio de las potestades conferidas al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en el procedimiento constitucional de designación de un juez del TSJBA no pueden ser ejecutadas. Su cumplimiento, conforme quedó expuesto, menoscaba e incluso anula las competencias privativas de las ramas de gobierno que promovieron este conflicto y, además, lo hace en una *instancia preparatoria del trámite en curso, es decir, antes de que ellas hubieran podido cristalizar el resultado que les es propio,* teniendo en cuenta, además, que el mismo procedimiento especial y complejo de designación que nos ocupa prevé etapas coordinadas y sucesivas de evaluación y de participación ciudadana que permiten que los mismos órganos políticos encargados de llevarla a cabo, mediante una interacción institucional básicamente reglada por la Constitución y por la ley, puedan conocer y subsanar sin injerencias externas las hipotéticas falencias que podrían llegar a presentarse en el trámite de referencia.

Por su parte, no puede ser ejecutada la sentencia definitiva dictada en autos "Grodnitzky" (expte. n° 35.121/0), en tanto a este pronunciamiento —dictado cuando se encontraba vigente la disposición de este Tribunal destinada a garantizar el ejercicio de competencias privativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo— le son aplicables las reglas enunciadas en este voto, en tanto también ha pretendido desconocer las previsiones constitucionales vulneradas por las medidas cautelares ya descriptas.

Por las consideraciones que anteceden, y de conformidad con lo dictaminado concordantemente por el señor fiscal general, corresponde: *1.* Hacer lugar al conflicto de poderes planteado por los poderes Ejecutivo y Legislativo de esta

Ciudad y *2.* Disponer que las medidas judiciales analizadas en este voto no pueden ser ejecutadas.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

-I-

Bajo el nombre de "conflicto de poderes" ha tramitado un proceso inclasificable en el marco de las normas de la CCBA y del Código Contencioso Administrativo y Tributario. No se han respetado las atribuciones de los jueces de primera y de segunda instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, ya que ni el Poder Ejecutivo ni la Legislatura hicieron uso de los diversos recursos que prevén las normas procesales de la Ciudad sino que incitaron de manera oblicua la intervención del Tribunal Superior. Por fin, se ha excedido la competencia que la CCBA y la ley 402 reconocen al Tribunal Superior de Justicia, produciendo la violación del debido proceso, la afectación del juez natural y la lesión a la competencia de los jueces de mérito.

Esta acumulación de irregularidades sería un ejemplo magnífico —si no fuera por su gravedad institucional— de la advertencia contenida en los cuatro primeros versos de "El Golem" de J. L. Borges: "Si (como afirma el griego en el Cratilo) / el nombre es arquetipo de la cosa / en las letras de 'rosa' está la rosa / y todo el Nilo en la palabra 'Nilo'".

Una petición cuyo destino debió ser el archivo dio lugar a un trámite judicial prolongado en el tiempo y extenso por la acumulación de fojas. Finalmente, y sólo en función del nombre que se le atribuyera es sentenciada hoy como "conflicto de poderes", por la mayoría de este Tribunal con la que una vez más disiento.

-II- Mis votos anteriores en este proceso.

El 29/10/2009 voté por rechazar *in limine* la presentación efectuada por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que diera inicio a este expediente. En esa resolución fundé mi postura, básicamente, en dos argumentos: *a)* no hay conflicto de poderes cuando los sujetos u órganos constitucionales que denuncian una afectación por medidas dispuestas en causas contenciosas que tramitan ante otros jueces "tienen a su disposición las vías ordinarias de apelación y eventualmente el recurso de inconstitucionalidad"; *b)* las pretensiones deducidas por la Procuración si fueran admitidas por el Tribunal Superior afectan la competencia de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, violan la independencia judicial y constituyen un exceso de jurisdicción de este Tribunal Superior, que califiqué como *per saltum.*

En cada uno de mis votos mantuve esa postura y amplié fundamentos. A saber:

Resolución del 29/10/2009 (fs. 74/76).

1. Discrepo con la decisión de mis colegas preopinantes, por lo que más allá del sentido que le asignan a esta Resolución considero que debo avanzar en algunas consideraciones sobre la cuestión traída ante el Tribunal.

2. No hay conflicto de poderes como lo denuncia el Procurador General de la Ciudad cuando los sujetos u órganos constitucionales que podrían haber sido afectados por las medidas dispuestas en los casos contenciosos tienen a su disposición las vías ordinarias de apelación y, eventualmente, el recurso de inconstitucionalidad.

3. Por otro lado cuando la Procuración solicita al Tribunal:

i) declarar "que el acto institucional complejo de nombramiento de un juez del Tribunal Superior de Justicia, en sus distintas etapas, es competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, y que, por lo tanto, los jueces del fuero Contencioso Administrativo y Tributario carecen de competencia constitucional para disponer medida alguna que interfiera, altere, suspenda o de cualquier modo afecte la realización de dicho acto" y, *ii)* en particular "se declare la nulidad de todo lo actuado por los jueces del fuero mencionado en las causas que se mencionan" y, *iii)* se dicte una medida cautelar que "disponga la suspensión inmediata de toda decisión o sentencia judicial que interfiera con el ejercicio de las atribuciones y competencias propias del Poder Ejecutivo y Legislativo y, en particular, se permita la continuidad del procedimiento de designación de la candidata propuesta por el Poder Ejecutivo, Dra. Daniela B. Ugolini al cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia"; está afectando la competencia de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, esto es proponiendo una violación de la independencia judicial (conf. caso "Apitz Barbera y otros vs. Venezuela", sentencia del 5/8/2008, Corte Interamericana DDHH) y un exceso de la jurisdicción del Tribunal Superior que constituye un *per saltum*.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar *in limine* la presentación efectuada.

Segunda resolución del 29/10/2009 (fs. 187/190).

Por las razones que expusiera en la resolución anterior rechacé *in limine* la presentación del señor procurador general de la CABA en donde solicitaba al Tribunal la suspensión de las medidas cautelares ordenadas en primera instancia.

Resolución del 30/10/2009 (fs. 233/236).

1. El Tribunal por mayoría —con mi disidencia— resolvió a fs. 187/190: "*Suspender* los efectos de las medidas cautelares que interfieran con el desarrollo de la actual etapa del procedimiento de designación en trámite ante la Legislatura".

2. En esa ocasión advertí (conf. punto 2 de mi voto) los peligros que implicaba que el Tribunal obstruyera el trámite normal de expedientes en instancias ordinarias.

3. Ahora, tanto la Legislatura como el Poder Ejecutivo, a tenor de sus presentaciones de fs. 195/200 y 210/211 están dispuestos a incumplir la decisión de fondo dictada por la señora jueza a cargo del Juzgado CAyT Nº 4 en autos "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA), y procuran que el Tribunal convalide dicho incumplimiento. Cabe destacar que la sentencia mencionada en modo alguno está comprendida en la cautelar que, con mi disidencia, fuera ordenada.

La extensión de esa cautelar que propician mis colegas me obliga a reiterar los argumentos centrales que expusiera en las resoluciones dictadas el 29/10/2009 en estos autos, a saber: la intervención del Tribunal Superior aparece como un intento de disciplinamiento de los jueces de las instancias ordinarias que no guarda coherencia con el sistema y el orden democrático, al punto de violar la garantía del juez natural y el principio de independencia judicial, por vía del *per saltum*.

4. Por fin, quiero expresar con profunda preocupación que esta situación constituye una gravísima lesión al Estado de derecho, tanto más grave cuando —como en autos— se encuentra involucrado el más alto Tribunal local, y con motivo del proceso de selección de uno de sus integrantes.

5. Voto en consecuencia por declarar improcedentes las presentaciones de fs. 195 y 210/211.

Resolución del 26/11/2009 (fs. 477/493)

1. En las resoluciones fechadas los días 29 y 30 de octubre de 2009 (fs. 74/76, fs. 187/190 y fs 233/36) a cuyos fundamentos me remito, voté el rechazo *in limine* del conflicto de poderes que dedujera la Procuración de la Ciudad.

Las derivaciones ocurridas en estas actuaciones y las decisiones —en las que no participé por encontrarme en uso de licencia— que posteriormente adoptara el Tribunal (reseñadas en los dos primeros párrafos del apart. 1 del voto de la señora jueza de trámite) confirman la opinión que expresara en las resoluciones mencionadas en primer término y ahondan mis discrepancias con los colegas que las suscribieron.

En el estado actual de la causa se encuentran para resolver dos presentaciones: la de fs. 418/424 y la de fs. 438/445. Esta última introduce un planteo de nulidad de todo lo actuado, que habré de considerar en primer lugar.

2. El Sr. Grodnitzky, en su carácter de parte actora en el expte. nº 35.121/0 "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 4, plantea "la nulidad de todo lo actuado" (fs. 445 vta.) ante el Tribunal Superior. Afirma que le han sido vulneradas las formas sustanciales del proceso, la "garantía del juez natural, del derecho de defensa en juicio, garantía de imparcialidad, garantía del debido proceso adjetivo, principio de congruencia y violación del derecho de acción, participación e información (expresión que la Constitución y el derecho convencional [le] reconocen" (fs. 438).

Sólo me detendré en los aspectos del incidente que tienen relación con el art. 8.1 CADH y art. 18, C.N., toda vez que el resto de los argumentos traídos por el accionante hacen al fondo del proceso de amparo, y no pueden ser objeto de tratamiento en este estado y en esta instancia.

Como surge de la presentación en análisis, y de las constancias del expte. nº 6836/09, la causa que el actor iniciara fue traída ante el Tribunal, que suspendió su trámite, con lo que el Sr. Grodnitzky fue privado del derecho a ser oído con las debidas garantías (art. 8.1. CADH y art. 18, C.N.), de un recurso sencillo, rápido y efectivo (art. 25, CADH) y de su juez natural. Asimismo, se retrotrajeron o nulificaron actos amparados por la preclusión procesal (así, el Tribunal Superior de Justicia dejó sin efecto una medida cautelar) y se afectó la independencia de la jueza actuante más allá de toda previsión constitucional o convencional, violentándose además la igualdad procesal (art. 16, C.N. y 8.1, CAHD) en tanto la contraparte obtuvo, de manera oblicua y antijurídica, la neutralización de actos procesales jurisdiccionales que aseguraban el derecho del accionante a un juicio útil.

El Poder Ejecutivo, a su vez, pudo interferir en procesos judiciales pendientes en los cuales ni siquiera había intentado ejercer las vías recursivas que estaban legalmente a su disposición (recursos de reposición, apelación y recurso de inconstitucionalidad). Y ello fue posible, en la medida en que el Tribunal Superior obró al margen de sus competencias constitucionales, cuando prohibió a la totalidad de los jueces del Poder Judicial porteño el ejercicio de la jurisdicción preventiva cautelar con respecto al proceso de designación de un miembro de este Tribunal. Es oportuno recordar aquí que, en materia de independencia e imparcialidad judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que "[e]l objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación" (conf. considerando nº 55 del la sentencia del 5/8/2008 en el caso "Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela".

Por lo que se viene señalando, en el amparo deducido por el presentante, éste se ha visto privado de ser oído con las debidas garantías, y se ha transformado un proceso contencioso-administrativo en un procedimiento "contencioso-judicial", situación inadmisible en el marco del modelo judicialista adoptado por la Constitución federal y por el art. 108 de la CCBA que impiden toda interferencia del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo en procesos pendientes o en el restablecimiento de los fenecidos.

El procedimiento seguido por el Tribunal Superior a partir de la invocación de un supuesto conflicto de poderes formulado por la Procuración de la Ciudad resulta nulo de nulidad absoluta. Esta calificación se sustenta en las disposiciones del art. 4° de la CCBA. Los actos cumplidos suponen la "prolongación" según la expresión que adopta el texto constitucional de la Ciudad, de funciones y/o poderes que exceden los límites que la propia Constitución impone a los órganos del Estado.

Esta interpretación del art. 4° de la CCBA implica asumir que, aún bajo formas institucionales de aparente legalidad, puede ocurrir que el Poder Judicial al obstruir el ejercicio de ciertos derechos habilitando simultáneamente a otros poderes (en otros términos "prolongando" funciones de manera ilegítima) ponga en crisis el sistema democrático y el Estado de derecho. Una hermenéutica constitucional que prioriza el control del procedimiento tiene, por otro lado, sustento convencional. Así lo ha dicho la CIDH: "El Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos" en el considerando nº 124 en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/2006.

Por los fundamentos que he venido exponiendo, corresponde: *a)* Hacer lugar al planteo del actor y declarar la nulidad absoluta e insanable de todos los actos cumplidos en este proceso en tanto afectan el orden institucional y el sistema democrático; *b)* Notificar la presente al amparista, al Poder Ejecutivo, al Consejo de la Magistratura, al señor fiscal general, a la Legislatura y a los señores jueces de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Dres. Treacy, López Vergara, Liberatori y Scheibler a sus efectos. Oportunamente, archivar el presente procedimiento.

3. Restaría considerar la presentación del Dr. Treacy. Sin embargo, en virtud de la solución que propicio en el apart. 2 de mi voto, el tratamiento de esa cuestión se ha tornado inoficioso.

4. De la lectura de los votos de los señores jueces preopinantes podría inferirse que tanto las presentaciones en análisis como mis propias opiniones expresadas aquí y en las resoluciones de los días 29 y 30 de noviembre de 2009, carecerían de suficiente fundamento y podrían calificarse como apelaciones demagógicas. De allí que creo necesario formular un par de consideraciones.

En primer término, debería ser claro que a esta altura mis disidencias no tienen por objeto volver sobre cuestiones de admisibilidad de un supuesto conflicto de poderes —que creo agotadas— sino asumir posición frente a planteos de violación de garantías constitucionales derivadas de limitaciones impuestas a la actuación de las instancias ordinarias del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario local, por vía de las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior.

Dado que lo que está en juego son los límites de la función jurisdiccional es inevitable que la discusión muestre su carácter eminentemente político e ideológico. En especial cuando esa discusión está centrada en la tarea de los Tribunales Superiores, que marca de modo peculiar qué valores hacen al sostenimiento del sistema de gobierno y al modelo de Estado de derecho en ella consagrado.

El discurso jurídico se caracteriza por eludir de manera sistemática su dimensión ideológica. Tal elusión evita poner de manifiesto que cualquier decisión implica una selección o priorización de valores y que no existe una justificación natural u obvia para ella. De allí el persistente uso retórico que la dogmática jurídica hace de término tales como "sentido común", "intuición" o "conocimiento científico",

y la insistencia en la supuesta neutralidad de los conceptos a través de los cuales ese discurso se articula.

Sin embargo, una "interpretación única o perfecta del derecho" es apenas una ilusión que justifica atribuciones de sentido preferidas o impuestas en la vida social. Dicho de otra manera: cuando se invoca lo "perfecto" de lo que se habla es de poder y de ideología, porque de lo que se trata es de imponer un sentido no susceptible de ser cuestionado, corregido o cambiado.

Asumir el costado ideológico del Derecho, en lugar de pretender ocultarlo, no convierte a una decisión en arbitraria, ni a quien la sustenta en una especie de propagandista de ideas o concepciones cuya eficacia dependería de su mera repetición. Muy por el contrario, este tipo de práctica habilita la confrontación responsable de razones y argumentos, y asegura la ampliación y profundización del orden democrático. Desde esta perspectiva crítica, queda exhibida en toda su dimensión, la performatividad del discurso jurídico y la actuación de sus operadores privilegiados (los jueces). Así voto.

Resolución del 5/2/2010 (fs. 678/682).

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el Sr. Grodnitzky satisface los requisitos de tiempo y forma.

La impugnación cumple con los recaudos previstos en la acordada CSJN, nº 4/07 y está dirigida contra una sentencia definitiva emanada del Tribunal Superior de la causa.

2. La resolución cuestionada fue dictada en un caso que tiene como parte adversa y legítima al recurrente, quien expone agravios actuales, plausibles y serios que guardan relación directa e inmediata con la cuestión a decidir y con la situación del impugnante; y cuyo carácter federal y convencional (y por ende también federal) está fuera de duda.

3. La legitimación del recurrente es manifiesta, porque es un interesado directo en el resultado de la causa en la que interpone el recurso en análisis. En efecto, este proceso que se iniciara ante el Tribunal Superior y las resoluciones allí adoptadas, interfieren en el derecho del Sr. Grodnitzky a ser oído con las debidas garantías en el amparo que dedujera ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

4. Entiendo que la concesión del recurso extraordinario federal es, a esta altura del trámite del expediente, la única vía de efectivizar el derecho a la tutela judicial del recurrente, deber que me corresponde asumir como jueza de un Estado de derecho constitucional. Así voto.

-III- Algunas reflexiones adicionales.

Las secuelas del proceso que como "conflicto de poderes" fuera receptado por la mayoría del Tribunal, produjeron todos los efectos contrarios a derecho que anticipé desde el 29/10/2009, confirmando que mi preocupación tenía sustento.

Esta circunstancia me determina a volver y profundizar lo que ya dijera respecto de la inviabilidad de hacer lugar a un inexistente conflicto de poderes.

Las decisiones del TSJBA (con mi disidencia o sin mi firma por encontrarme en uso de licencia) implicaron "entrega inmediata" de expedientes en trámite en primera instancia, con cautelares ordenadas; la suspensión de esas cautelares, que no habían sido recurridas por el Gobierno y la extensión de esa suspensión a futuro, imponiendo a todos los jueces de primera y segunda instancia del fuero Contencioso la remisión de cualquier causa similar que pudiera iniciarse. A ello se suma que el TSJBA dispuso correr traslado de la demanda por "conflicto de poderes" a los titulares de los juzgados donde tramitaban los expedientes denunciados, alegando que "no han sido convocados a defender derechos ni responsabilidades personales, sino a dar una visión acerca de los alcances de su competencia funcional" (resolución del 11/11/2009 que no firmé por estar en uso de licencia). Esta última decisión es llamativa, porque ¿cuál es el sentido de llamar "en consulta" a jueces, a los cuales se les está privando de su jurisdicción?

La desprolijidad y desproporción de los procedimientos desplegados bajo el ropaje de un "conflicto de poderes" fueron detalladas con gran precisión por el Dr. Guillermo Fabio Treacy quien —cuando era juez Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— fue uno de los magistrados involucrados en este expediente. En su presentación de fs. 609/617 del 4/12/2009 el Dr. Treacy expresó (punto II.2) que "[p]ese a que le fue requerido explícitamente por otro de los codemandados en este proceso, el Tribunal —en un caso de arbitrariedad judicial impensable en un Estado mínimamente apegado a alguna pauta de legalidad— se ha negado a explicar en forma previa las normas que aplica supletoriamente. De este modo, a partir de las escuetas disposiciones de la ley 402, ha diseñado un procedimiento *ad hoc*, cuyas características va definiendo sobre la marcha, a fin de responder a los distintos planteos procesales que han ido surgiendo. Así, el Tribunal ha ido redefiniendo la condición de legitimados pasivos, desde aquella resolución de fecha 3 de noviembre de 2009, llegando a manifestar que no son demandados, que son convocados a expresar su posición (como si se tratara de une ejercicio académico, y no de un proceso judicial), que no debían presentarse con abogado, que sólo debían defender competencias funcionales ejercidas, etc. Al parecer, tampoco son aplicables las normas sobre recusación, ni tampoco sobre citación de terceros, ni sobre excepciones previas, según el Tribunal va indicando a medida que las presentaciones judiciales aparecen.// Es inevitable concluir que se trata de una proceso que carece de toda seriedad, en que el Poder Ejecutivo —promotor de estas actuaciones— resulta un espectador de una disputa que ese Tribunal ha decidido entablar con algunos jueces y que al actor ya no le interesa, pues fue satisfecho con creces mediante una medida cautelar dictada el 29/10/2009 por ese Tribunal sin el más mínimo sustento documental (esto es, sin tener a la vista expediente alguno)".

Asimismo el Dr. Treacy subrayó los esfuerzos, tan denodados como infructuosos, que la mayoría del Tribunal hiciera por demostrar que no había incurrido en *per saltum.*

También se puede observar, en la serie de resoluciones que se suceden en este proceso, que el Tribunal intentó: *a)* Apaciguar el tono conminatorio y coactivo de sus primeras decisiones; *b)* Integrar con reglas y decisiones de coyuntura la orientación del trámite; *c)* Justificar por qué no aplica en este procedimiento la doctrina establecida por el propio Tribunal en el caso "Spisso" (sentencia del 21/10/2001) que propiciaba y defendía el control judicial de los actos adoptados por la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura y auspiciaba un control de constitucionalidad en armonía con los estándares jurídicos vigentes; *d)* Eludir sistemáticamente toda explicación acerca de porqué habiendo vías recursivas específicas previstas en el Código Contencioso Administrativo y Tributario y en la Constitución de la Ciudad (recurso de inconstitucionalidad) era admisible la presentación directa del Gobierno —a la que adhiere luego la Legislatura— eludiendo la competencia recursiva del juez de primera instancia (por falta de recurso de reposición), de la Cámara (por falta de recurso de apelación) y de este Tribunal (por falta de recurso de inconstitucionalidad).

No se informa (porque no existe) qué marco normativo habilitaba al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo a hacer del Tribunal un instrumento para obturar la actuación de los jueces inferiores, para interferir en procesos judiciales por fuera de toda competencia legal o constitucional, para vulnerar los derechos de los litigantes concretos, como ocurrió en autos n° 35.121 "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo art. 14, CCBA". En esta causa, sin conocimiento del amparista que fue privado de las debidas garantías de ser escuchado en justicia, el Tribunal Superior tomó intervención, sustituyendo a la Dra. Liberatori, jueza natural del proceso, y dejó sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El Sr. Grodnitzky expuso la insólita situación en su planteo de nulidad y en los agravios del recurso extraordinario federal que interpusiera, y que la mayoría del Tribunal, con mi disidencia, declaró improcedente.

En el ámbito federal, el reciente caso "Thomas" (CSJN, *in re* "Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo", t. 117. XLVI, fallo del 15/6/2010) muestra cómo el PE pudo cuestionar resoluciones judiciales sin afectar el orden republicado. Frente a una medida cautelar que suspendía con alcance general la aplicación y los actos de ejecución de la ley 26.522, el Gobierno nacional interpuso y agotó uno a uno todos los recursos ordinarios y extraordinarios hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Un vez más es necesario insistir en que si hay medios de impugnación a disposición de las partes no hay "conflicto de poderes". La omisión o el desconocimiento de dicho marco de revisión legalmente previsto y la creación de una vía *ad hoc* vulnera, en cambio, la división de poderes (principalmente la que existe entre poder constituyente y poder constituido) y el principio del juez natural; afecta la competencia del tribunal omitido y del interviniente (por hacerlo fuera de la ley) y quebranta el derecho de defensa e igualdad de armas, al dotar a

una de las partes —en el expte. nº 6836/09 al GCBA— de un camino privilegiado para hacer oír sus quejas y desacuerdos.

En la audiencia celebrada el 27/5/2010, convocada en cumplimiento de lo previsto por la ley 402 —de la cual existe versión filmada y transcripción taquigráfica en el expte. nº 6836/09—, hicieron uso de la palabra los jueces de primera instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Dres. Liberatori, Gallardo y Scheibler en su calidad de titulares de los juzgados en los que tramitaban amparos vinculados a la designación del quinto miembro del Tribunal Superior y que habían dictado medidas cautelares. Todos ellos, lo mismo que el Dr. Corti en representación del Consejo de la Magistratura, de manera diversa pero coincidente, destacaron la preocupación institucional que les causaba este requerimiento y los riesgos implicados en materia de tutela judicial efectiva. Es importante, según entiendo, que a través de algunas de las opiniones que expresaron, sus voces queden registradas en la sentencia de autos.

Por el Consejo de la Magistratura el Dr. Corti destacó que los actos dispuestos por los jueces que motivaron la interposición de una acción por el Poder Ejecutivo, y luego por la Legislatura no eran sino "todos actos procesales previstos por la legislación procesal, es decir por los códigos procesales dictados por nuestra Legislatura. Se han dictado allanamientos que es una medida prevista expresamente incluso con respecto a la Legislatura en el Código Procesal Penal de la Ciudad. Se han dictado medidas cautelares, que justamente es un aspecto central del Código Contencioso. Se han aplicado sanciones conminatorias, astreintes, etc. que también están previstas en nuestro Código… observemos el caso de las medidas cautelares, cuál fue el contenido de las medidas cautelares, justamente el paradigma de la medida cautelar contencioso administrativo que es la suspensión de actos o procedimientos… finalmente lo que se hizo es lo que habitualmente se hace... pero es claro que es propio del Poder Judicial dictar actos que están previstos en los códigos procesales y en la forma en las cuales están previstos en los códigos procesales, por supuesto, uno puede discutir, ¿el derecho era verosímil?, ¿había peligro en la demora?, las condiciones de admisibilidad de cada acto procesal, pero eso justamente es el objeto propio de la causa que, hay que tener en cuenta algo muy interesante, que todas estas decisiones sobre las cuales estamos hablando, ninguna estuvo firme, ¿por qué? Porque para que esa decisión esté firme además tiene que haber un recurso, un recurso de apelación ante la Cámara que es finalmente el ámbito natural para discutir lo específico y concreto de esas cuestiones... Finalmente, tampoco, nosotros vemos ninguna peculiaridad en los procesos o procedimientos que fueron afectados por esa medida, tal el caso de la medida cautelar, por un lado, ni en la demanda ni en las exposiciones, ni el Ejecutivo ni el Legislativo han podido individualizar algún texto expreso de la justicia de nuestro orden jurídico, es decir, una norma clara que singularice este procedimiento

Subrayó asimismo la endeblez de la crítica que el Ejecutivo y la Legislatura formulan al Poder Judicial porque "no se han alegado ni mostrado actos que no estén previstos por nuestro orden jurídico procesal, a su vez no se ha señalado que se haya

realizado claramente una tarea de sustitución del Poder Legislativo o el Ejecutivo porque en ningún expediente se ha tratado de, o designar o sustituir la propuesta o sustituir el debate ni nada que le parezca, todo se ha referido por cuestiones puramente procedimentales, es decir, lo típico que hace al ejercicio del control judicial, con lo cual, evidentemente más allá de lo que uno piense en concreto de cada una situación en particular lo que claramente no hay en este caso es un ejercicio abusivo de la competencia y menos aún un conflicto de poderes".

Por último agrega que "hemos sido arrastrados los tres poderes a una situación institucional inédita, y que no se encuentra justificada por, justamente, las actuaciones que nosotros hemos tenido que analizar".

A su turno, el Dr. Scheibler, enfatizó "…la inconveniencia de la citación de los jueces como parte o como sea que se nos ha citado en contra incluso de lo planteado por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Y ello por cuanto, en función de lo que yo plantee, en ese primer escrito, nosotros teníamos causas que estaban en trámite y necesariamente íbamos a tener que volcar opiniones sobre el contenido de fondo de esas causas que teníamos en trámite, como de hecho ha ocurrido en este momento". Hizo referencia al caso en el cual intervino, dando cuenta de las razones por las cuales el amparo era admisible al tiempo de su interposición y había agotado su objeto. "…dado que los actores… eran legisladores electos por la Ciudad de Buenos Aires, asumieron sus cargos el 10 de diciembre, el expediente en que me tocó intervenir agotó su objeto y así fue declarado en la sentencia que está firme con lo cual esa sentencia no proyecta hoy ningún tipo de efectos jurídicos sobre esta cuestión".

Destacó la improponibilidad del conflicto de poderes "¿Por qué?, porque el primer presupuesto básico está dado por la invasión de competencias de un poder hacia otro y no el legítimo ejercicio de las propias como ha sucedido en estos casos… Justamente eso es lo que aquí no ha sucedido, ninguno de los jueces intervinientes ha invadido, entre comillas, avanzado o se ha arrogado facultades que son tanto del Ejecutivo como del Legislativo… En efecto al resolver en el caso que me ha tocado 'García Tuñón y otros', me he limitado a hacer mi trabajo, es decir controlar los aspectos reglados expresamente de un procedimiento administrativo, ante un incumplimiento, que en principio afectaba de modo flagrante derechos subjetivos de quienes eran actores en ese expediente… Esto es lo que me plantearon los actores. Un agravio concreto, puntual, un derecho subjetivo afectado. Hay caso, hay una violación al orden jurídico vigente y hay un particular, en este caso siete particulares que plantean la afectación ni siquiera de un interés, de un derecho subjetivo, los derechos políticos y de representación ciudadana son a la vez que obligaciones son derechos de quienes han sido electos…".

Analizó el Dr. Scheibler la contradictoria actitud del Gobierno de la Ciudad al interponer la demanda y, en especial, señaló: "¿En qué basa el Poder Ejecutivo en su demanda la irrevisibilidad judicial del procedimiento? Dice que la Constitución no prevé la participación del Poder Judicial en el proceso de designación. Claro la participación del Poder Judicial no está prevista en un montón de supuestos,

tampoco está prevista en la licitación pública, en el concurso de docentes, en el dictado de un montón de actos administrativos. La participación del Poder Judicial está prevista genéricamente en el art. 106 de la Constitución que establece que corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión de todas las causas, no algunas sino todas las causas, que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales. Léase reglamentos también. De esta manera el Poder Ejecutivo plantea que no es revisable el acto, el procedimiento de designación porque dice que la Constitución no establece la participación del Poder Judicial, que como vemos está prevista de manera genérica, y además tenemos, digamos, precedentes básicos de nuestra disciplina que tienen más de medio siglo de antigüedad de la Corte Suprema que establecen que toda la actuación administrativa debe estar sujeta a control judicial amplio y suficiente…". Advirtió, con acierto, acerca de que "…el Gobierno de la Ciudad está postulando la aplicación de una doctrina que está internacionalmente prohibida y pretende conducir al Tribunal Superior a adoptar una decisión que es pasible de generarle responsabilidad internacional a nuestro país, porque más allá de los precedentes que mencionamos del Tribunal Superior no puede ignorarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en un caso, contra la Argentina, no contra Chile, contra Colombia, en un caso contra la Argentina en el año 1997, donde un tribunal se había, un tribunal de justicia había omitido expedirse respecto del planteo de un particular, calificando un acto de cuestión política no justiciable, la Comisión Interamericana planteó que la calificación de un acto gubernamental como cuestión política no justiciable impide al afectado por dicho acto el goce de los derechos y garantías de protección judicial previstos en los arts. 8° y 25 de la Convención Americana, con lo cual la sola alusión o alegación, perdón si utilizo neologismos, de esta doctrina, está interdicta por organismos internacionales de derechos humanos que esa doctrina resulta obligatoria para nuestro país".

Por fin, el juez sintetiza cuál era el camino procesalmente adecuado para que los accionantes impugnaran su decisión, y por extensión la de los demás jueces involucrados en este juicio. Esta observación encuadra en la precisión del art. 12 de la ley 402 que limita la procedencia de la vía del conflicto de poderes a aquellas situaciones en que el órgano demandante no cuenta con otros medios idóneos para el ejercicio de facultades propias: "Yo creo que fundamentalmente tenían dos opciones dentro del marco jurídico y que solamente dependían de su propia decisión: *a)* la ordinaria, natural y normal que era efectuar un recurso de apelación ante la Cámara pudiendo llegar en el caso de ser necesario ante el Tribunal Superior. Recordemos que el expediente mío, que tuve a cargo y todos los demás se trataban de amparos que están regulados en la ley 2145. Yo les voy a leer cuáles son los plazos que prevé la ley de amparo para las apelaciones: la medida cautelar adoptada podría ser apelada durante tres días, el incidente debe ser formado en un día y elevado de inmediato a la Cámara. La Cámara dispone de cinco días para resolver la apelación. El recurso de inconstitucionalidad… o sea si la Cámara hubiera fallado en contra del

gobierno, ...puede deducirse en cinco días y la queja en dos días. El cumplimiento de todos estos plazos, depende de lo que planteen las partes, está en cabeza del propio Tribunal Superior. Los jueces del fuero sabemos que el Tribunal Superior, lo conocemos, lo hemos, entre comillas, padecido o conocemos casos que el Tribunal Superior ejerce celosamente las presentaciones respecto de denegación o retardo de justicia. Estos plazos dan quizá, no sé, veinte días no no saqué la cuenta, un mes. La cautelar dictada por el Tribunal Superior se dictó el 29 de octubre hoy es 27 de mayo, pasaron casi siete meses. Por las vías ordinarias este procedimiento hubiera tenido una resolución mucho más rápida, se hubiera despejado todo sin afectar la institucionalidad de la Ciudad… Por otra parte, ese era el plan *a)* apelar, el plan *b)* como bien se dijo acá era consentir la sentencia, subsanar las irregularidades planteadas también seguramente en un día, dos días, tres días, una semana a lo sumo hubieran tenido reencarrilado el procedimiento sin ningún tipo de conflicto. Con lo cual no se da el conflicto de poderes porque tenían a su mano remedios que a lo sumo implicaban una demora de veinte días, un mes a lo sumo, para encarrilar la situación. Quedó demostrado por la duración de este conflicto de poderes que esta no había sido la vía más idónea. Para terminar, lo que está en juego finalmente en este expediente es si las normas, Constitución, leyes, reglamentos, están para cumplirlas o para elegir cuando se las cumple o cuando no. Lo que está en juego es la posibilidad de ejercer el control judicial sobre la actividad del Poder Ejecutivo cuando este viola derechos".

-IV- Conclusión.

A esta altura, recuerdo la pregunta que, retóricamente sin duda, el juez Corti formuló en la audiencia del 27/5/2010: "¿Cuál es el objeto de este proceso?" Y en verdad, si como lo entiendo, no hay aquí un "conflicto de poderes", ¿acerca de qué versó la controversia en este juicio?

La cuestión a decidir no es si un conflicto de poderes inexistente puede o no ser admitido, porque lo fue. Se trata por el contrario de resolver respecto de la afectación de garantías constitucionales, de los límites de la función jurisdiccional, del papel que corresponde a los tribunales superiores y del modo en que el ejercicio de la magistratura asegura o pone en riesgo la tutela judicial efectiva, el pleno funcionamiento del Estado de derecho y la realización del modelo de sociedad que como horizonte de sentido está consagrado en la Constitución. Estoy convencida de que estos son los problemas, graves problemas, que aparecen en el expediente a sentencia que, bien mirados, revelan que no hay conflicto entre poderes sino, más bien, una disrupción en el sistema judicial provocada por las resoluciones dictadas por mis colegas del Tribunal Superior de Justicia, con mi disidencia o cuando me hallaba en uso de licencia.

Por todo lo expuesto, las acciones interpuestas por el Gobierno de la Ciudad y por la Legislatura son inadmisibles y deben ser rechazadas. Así voto.

Por ello, por mayoría, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al conflicto de poderes planteado por los poderes Ejecutivo y Legislativo de esta Ciudad.

2 º. *Disponer* que no pueden ser ejecutadas las medidas judiciales dictadas en los exptes. nº 35.121/0 caratulado "Grodnitzky, Enrique Fabio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" del Juzgado CAyT Nº 4; nº 34.975/1 caratulado "Cabrera, Alberto Raúl c/GCBA s/medida cautelar" del Juzgado CAyT Nº 3; y 35.322/0 caratulado "Berner, Norberto Carlos c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)" del Juzgado CAyT Nº 6.

3 º. *Declarar* abstracta la cuestión respecto del expte. nº 35.117/0 caratulado "García Tuñón, Laura Susana y otros c/GCBA s/amparo" tramitado ante el Juzgado CAyT Nº 13.

4 º. *Mandar* que se registre, se notifique mediante oficio al Poder Ejecutivo, a la Legislatura, a la Procuración General, al Consejo de la Magistratura, a los señores jueces a cargo de los Juzgados CAyT Nos. 3, 4, 6 y 13, y al señor fiscal general, y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Elizabeth A. Marum.*

CCIII

"VALOT S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Naturaleza. Requisitos. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Actividad industrial. Exención. Principios de igualdad, razonabilidad y libre competencia. Derecho de propiedad. Principios de generalidad, proporcionalidad y capacidad contributiva, no discriminación en el comercio interjurisdiccional y solidaridad federal. Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. Supremacía constitucional. Derecho intrafederal.

SUMARIOS:

1. La demanda individualiza con precisión las normas que cuestiona (incs. 23 y 24 del art. 1° de la ley 2997 —Código Fiscal 2009—), las que pueden ser objeto de impugnación declarativa de inconstitucionalidad pues poseen carácter general y

emanan de autoridades de la Ciudad; y asimismo vincula la normativa impugnada con argumentos constitucionales, lo que satisface la exigencia de fundamentación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Jorge A. Franza).*

2. La actora señala que las normas contra las que dirige la acción son inconstitucionales por resultar violatorias de las directivas y principios de los arts. 1°, 7°, 14, 16, 17, 19, 27, 28, 31, 75 (incs. 2°, 13, 22, 24), 125, 126 y concordantes de la C.N., y los arts. 1°, 7°, 9°, 10, 11, 12, 13, 46, 48, 49, 51, 80, 81, 103, 104 y concordantes de la CCBA, y sostiene que las normas que impugna son contrarias al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, al que atribuye carácter interfederal y jerarquía superior a las leyes locales, por lo que entiende que su alteración unilateral por las autoridades de la Ciudad no resulta constitucionalmente plausible. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Corresponde admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad respecto de los incs. 23 y 24 del art. 1° de la ley de la CABA nº 2997 (Código Fiscal 2009), pues a pretensión se ciñe a la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, que en opinión de la actora resultan violatorias de las garantías de igualdad, razonabilidad, propiedad, y libre competencia, y de los principios de generalidad, proporcionalidad y capacidad contributiva, y los mandatos contenidos en la Constitución Nacional y la CCBA de no discriminación en el comercio entre jurisdicciones y de solidaridad federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Se invoca en la demanda el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993 —al que da carácter *intrafederal*—, todo ello en tanto las normas cuestionadas eximen del impuesto sobre los ingresos brutos, o gravan con tasa cero, a los sujetos que realicen en la Ciudad ejercicio habitual de la actividad onerosa de la industria manufacturera sólo si el establecimiento industrial está radicado dentro de ella y siempre que sus ingresos brutos anuales no superen la suma de $ 20.000.000, quedando fuera del referido tratamiento preferencial quienes no cumplieren con estos dos últimos requisitos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Las referencias que la actora efectúa acerca de su situación particular en los escritos de promoción de esta acción, tienen un carácter meramente ilustrativo y no llevan a colegir que estemos en presencia de un caso o causa en los términos de los arts. 106 y 113, inc. 3º de la CCBA y 116 de la C.N., por lo que se debe entender que la pretensión articulada, en principio ha logrado establecer un cuestionamiento de constitucionalidad en abstracto entre los principios invocados y las normas atacadas, por lo que sin perjuicio del juicio definitivo de procedencia formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad que pueda efectuarse luego de escuchadas las partes en el debate con el que se sustancia este proceso, se debe declarar en esta a instancia preliminar, formalmente admisible la acción. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. La acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución porteña, y no se puede confundir 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. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Aun cuando se la pretenda revestir con el ropaje del control abstracto que contempla el art. 113, inc. 2°, CCBA y 17, ley 402, la lectura de la demanda y su "aclaración" trasunta el requerimiento de solucionar situaciones jurídicas particularizadas que atañen a la actora. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La prueba (documental, informativa y contable) está destinada a acreditar y clarificar el tipo de actividad desarrollada y su situación fiscal impositiva (ingresos brutos) en la Ciudad de Buenos Aires como en el resto de las provincias argentinas, por lo que el planteo traído ante el Tribunal excede el marco del control abstracto de la acción establecida por el art. 113, inc. 2°, CCBA. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

9. La inclusión —ya sea de modo incidental o como fundamento jurídico de condena— de una cuestión constitucional en el marco de una acción que en definitiva procura el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no convierte la acción en la prevista en el inc. 2° del art. 113 CCBA, pues es menester que el único objeto de esta última sea el control abstracto de constitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Las normas cuya declaración de inconstitucionalidad persigue la actora sustituyeron la tasa cero a la que estaba gravada en el ISIB la actividad de "producción industrial" —realizada en las condiciones que la normativa vigente hasta el año 2008 establecía—, por la exención transcripta establecida en inc. 25 del punto 24 del art. 1° de la ley 2997. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. No corresponde asignarles a las llamadas "leyes-convenio", entre ellas el Pacto Federal II, prelación sobre las leyes locales con el efecto de que la incompatibilidad de las normas locales con la "ley-convenio" determine la invalidez de las primeras. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La preeminencia de "la ley suprema de la Nación" sobre el derecho local dispuesta en el art. 31 de la C.N., no otorga lugar alguno a las llamadas "leyes-convenio"; y la única referencia a acuerdos que realiza ese artículo es la relativa a los que la Nación celebra con las demás "potencias extranjeras", situación que no se vio alterada con el nuevo estatus jurídico que se le reconoció, a partir de la reforma de 1994, a los tratados internacionales a que se refiere el art. 75, incs. 22 y 24 de la C.N., puesto que las "leyes-convenio" no lo son. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Los acuerdos entre las jurisdicciones locales y el Estado nacional pueden incluir cuestiones que revisten carácter federal o local, o ambas a la vez, pero el hecho de que ellas formen parte del acuerdo no modifica el tratamiento que la Constitución Nacional da a esas cuestiones; y la ubicación jerárquica que tengan los contenidos acordados en pactos de esta especie dependerá de la jerarquía de los actos federales o locales que los instrumenten, no de la intención común de los Estados "concelebrantes". *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

14. El art. 31 de la C.N. pone un universo normativo por encima de cualquier norma local, aun las constituciones locales. y no es relevante en este caso establecer si ese precepto establece escalones internos en los que se podría emplazar la categoría "derecho intrafederal", que menciona la actora, cuyos elementos son los acuerdos celebrados entre las provincias y la Nación, o quizás estos cuando vienen ratificados por leyes locales y de la Nación. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

15. No puede haber productos de los gobiernos locales por encima de lo que constituye "la ley suprema de la Nación"; y suponer semejante superioridad de actos emanados de autoridades provinciales, aun cuando fuera de más de una jurisdicción e inclusive con la participación de la Nación, conllevaría a admitir una reforma de la Constitución Nacional por una vía distinta a la prevista en el art. 30. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

16. No es dudoso que las provincias pueden celebrar convenios entre ellas o que pueden hacerlo también con la Nación (conf. lo dispuesto en el art. 125 de la C.N. y, en el caso de la Ciudad, en el art. 104, inc. 3°, de la CCBA). *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

17. La actora no ha logrado demostrar que la oposición que invoca entre las normas locales y el art. 4°, inc. e, del "Pacto Federal II" constituya un supuesto de invalidez de las primeras, circunstancia que torna, por sí, inconducente la acción intentada. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

18. No resulta admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad con relación al agravio según el cual las normas impugnadas resultarían violatorias de lo dispuesto en el art. 75, incs. 18 y 19, de la C.N. (ex art. 67, inc. 16; conocido, también, como la "cláusula del progreso"), que está enunciado por el actor mediante un planteo que carece de la intensidad que esta acción requiere para su procedencia (conf. el inc. 2° del art. 19 de la ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

19. La accionante no ha acreditado, mínimamente, que el Congreso nacional haya ejercicio el poder de eximir de tributos provinciales con relación a la actividad industrial, impidiéndole a la Ciudad legislar una exención como la aquí tachada de inconstitucional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. El principio de capacidad contributiva, en el que la accionante apoya todos sus agravios, carece de relación directa con la impugnación del inc. 25, del punto 24 del art. 1° de la ley 21.997 en cuanto toma la facturación anual del contribuyente como elemento para establecer qué industria puede acceder a la exención prevista, ya que la capacidad contributiva que busca captar el ISIB no es la del contribuyente de derecho (u obligado al pago del tributo), sino, al igual que el resto de los tributos llamados "indirectos", la de los consumidores de la actividad que realiza ese contribuyente. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAO n° 6942/09 - 18/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Valot S.A. promovió a fs. 37/47 acción declarativa 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 y pérdida de vigencia del art. 1°, puntos 23 y 24, inc. 25, de la ley 2997 "en cuanto el primero deroga el art. 140 del C.F. que establecía la tasa del 0 % para las actividades industriales (...), y el segundo reemplaza al art. 141 del C.F. en cuanto limita la exención a la industrias cuyos ingresos no superen los $ 20.000.000" (fs. 37 vta.). Sustentó su pretensión en que las normas impugnadas contrarían "los principios, derechos, garantías, directivas constitucionales de unidad nacional, concertación federal, legalidad, igualdad, propiedad, capacidad contributiva, de trabajar y ejercer industria lícita, de solidaridad federal, razonabilidad, certeza, buena fe, voluntario sometimiento, propios actos, confianza legítima, previsibilidad, predictibilidad, coherencia, progreso, etc., consagrados (...) en los arts. 1°, 4°, 9°, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 19, 26, 27, 28, 31, 33, 75 —incs. 1º, 2º, 13, 18, 19—, 76, 121, 125, 126, 129 y concs. de la C.N., arts. 1°, 7°, 9°, 10, 11, 13, 14, 17, 18, 19, 27, 43, 48, 49, 51, 80, 81 y concs. de la CCBA" (fs. 42 vta.).

2. A fs. 70/72 el señor fiscal general emitió dictamen propiciando la inadmisibilidad formal de la demanda.

3. A fs. 74/82 la empresa Valot S.A. presentó escrito titulado "Aclara demanda y amplía fundamentos".

4. A fs. 84 el Tribunal confirió por mayoría nueva vista al fiscal general, quien emitió dictamen manteniendo su opinión acerca de la inadmisibilidad formal de la acción intentada (fs. 85/86).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La actora está legitimada en los términos del art. 18, inc. 2°, ley 402, para interponer la acción de inconstitucionalidad planteada. No obstante, la demanda presenta defectos insalvables que vedan su admisión en los términos de los arts. 113, inc. 2°, CCBA y 17 y concordantes de la ley citada.

2. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a la Constitución porteña, 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 (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 56 y ss., *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstituciona-

lidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, y *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 426 y ss., *in re* "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/00, resolución del 30/11/2000).

3. En el marco de la doctrina reseñada en el punto precedente, resulta evidente de una atenta lectura de la demanda y su "aclaración" que, aun cuando se la pretenda revestir con el ropaje del control abstracto que contempla el art. 113, inc. 2°, CCBA y 17, ley 402, lo que trasunta es el requerimiento de solucionar situaciones jurídicas particularizadas que atañen a la actora.

Ello se advierte de manera clara de distintos párrafos del escrito de inicio, en los que he destacado lo pertinente en negrita. Así, por ejemplo, a fs. 37 y vta., se expresa en el acápite II "Objeto de este escrito", que la "demanda se plantea contra la validez del art. 1° puntos 23 y 24 nº 25 de la ley 2997, en cuanto el primero deroga el art. 140 del C.F. que establecía la tasa del 0 % para las actividades industriales *como la de Valot*, y el segundo reemplaza al art. 141 del C.F. en cuanto limita la exención a las industrias cuyos ingresos no superen los $ 20.000.000 (...) de modo que rija en plenitud la exención o su equivalente a tasa cero del impuesto sobre los ingresos brutos a favor de la industria manufacturera, *que es el caso de Valot*".

Lo mismo acontece al explicitar los antecedentes (punto III de la demanda), desde el subtítulo que refiere: "Sin duda, *Valot S.A. es industria manufacturera*"; seguido por otras expresiones en el mismo orden, tales como "*Valot siempre ha sido declarada exenta de este impuesto* en la Ciudad o su equivalente gravada a tasa cero (se agregan constancias)", "el carácter de la actividad de la industria manufacturera nunca le ha sido desconocida a Valot S.A."; y "en síntesis de los puntos desarrollados, *Valot es y siempre ha sido una industria, y ha estado exenta o gravada a tasa cero desde que se implementó la exención a la industria acordada en el Pacto Federal Fiscal II de 1993*" (véanse fs. 37 vta./39).

También es manifiesto a partir del desarrollo del acápite IV.2 titulado "La violación que motiva esta demanda" (fs. 40 vta.), en el que la actora dice inequívocamente que "de esta manera Valot S.A., que ejerce con habitualidad la actividad de industria manufacturera en otras jurisdicciones y en la Ciudad, que tiene en ésta la sede de su administración y uno de sus establecimientos industriales, que no realiza ventas minoristas, y cuyos ingresos brutos superan la suma indicada, habría de estar gravada con el impuesto sobre los ingresos brutos, lo que importa la violación del pacto que se alega y *de la que se agravia en esta causa*".

En idéntico sentido se expresa en el mismo acápite que el art. 1º de la ley 2997, inc. 23, suprime "el art. 140 del C.F. que enumeraba los supuestos gravados a tasa cero, *entre ellos el que abarcaba a Valot*", y que "el inc. 24, al reemplazar el art. 141, en su punto 25 dispone que están exentos de gravamen 'los ingresos de procesos industriales conforme lo establecido en el inc. 1º y en el segundo párrafo del inc. b.9 del art. 57 de la Ley Tarifaria para el año 2009, en tanto estos ingresos no superen los veinte millones de pesos ($ 20.000.000) anuales...' *cifra que es superada por Valot*".

Finalmente, también resulta patente la prueba ofrecida —punto VIII de la demanda— para visualizar que el planteo traído ante el Tribunal excede el marco del control abstracto de la acción establecida por el art. 113, inc. 2°, CCBA.

En efecto, toda la prueba (documental, informativa y contable) está destinada a acreditar y clarificar el tipo de actividad desarrollado por la empresa Valot S.A. y su situación fiscal impositiva (ingresos brutos) en la Ciudad de Buenos Aires como en el resto de las provincias argentinas (fs. 46/47).

4. Por cierto, el "énfasis" aludido en el escrito aclaratorio con relación a que el control de constitucionalidad que se peticiona "es el abstracto o concentrado" (véase fs. 81 vta.), deviene inconducente a fin de reformular idóneamente la pretensión para tornarla formalmente admisible.

Porque, como sostiene el señor fiscal general, dicha manifestación no sólo fue también aludida en similares términos en el escrito inicial, o sea que no suma ni quita nada (véase punto VII, "Procedencia formal de esta demanda", a fs. 45 vta.), sino además porque del examen integral de la pretensión de la actora (fs. 37/47 y fs. 74/82), la prueba inicialmente ofrecida e implícitamente mantenida al ser aclarada la demanda (véanse fs. 46/47 y fs. 74/82) y la formulación reiterada de la reserva del caso federal efectuada por la interesada (fs. 47 y fs. 81 vta.) que en cuanto tal exige como presupuesto condicionante la existencia de un caso, causa o controversia ausente en las declaraciones abstractas de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* (véase mi voto y sus citas *in re* "Acebedo, Horacio Néstor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 6218/08, resolución del 13/5/2009), permite concluir, como adelanté, que la acción busca la solución de situaciones jurídicas individualizadas.

Este Tribunal ya ha sostenido que la inclusión —ya sea de modo incidental o como fundamento jurídico de condena— de una cuestión constitucional en el marco de una acción que en definitiva procura el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no convierte la acción en la prevista en el inc. 2° del art. 113 CCBA, pues es menester que el único objeto de esta última sea el control abstracto de constitucionalidad (conf. este Tribunal *in re* "Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99 SAO, resolución del 28/6/1999; "Oronoz de Bigatón, Celina c/GCBA s/amparo", expte. nº 98/99 SAO, resolución del 29/9/1999; "Finkelberg, Oscar Guido c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)", expte. nº 136/99 SAO, resolución del 17/11/1999 e "Iráizoz, Juan Fermín c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 158/99 SAO, resolución del 15/12/1999, entre muchos otros).

5. Asimismo cabe destacar que, por la razones que señala el señor fiscal general en el punto III.A de su dictamen de fs. 70/72 y a fs. 86 vta., a las que me remito, la demanda presenta serios defectos de fundamentación que obstarían asimismo a su admisibilidad en los términos de las exigencias del art. 19, inc. 2°, ley 402 y de la reiterada doctrina del Tribunal (véase "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999,

Constitución y Justicia [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 56 y ss.; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, resolución del 15/11/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 622/623, entre otros).

6. Por las razones expuestas en los puntos precedentes voto por declarar inadmisible la demanda planteada a fs. 37/47 y fs. 74/82.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Tal como señala mi colega, la Dra. Conde, la actora está legitimada para interponer la presente acción (conf. el art. 18, inc. 2°, de la ley 402). A su vez, los textos impugnados, esto es, el punto 23 y el inc. 25 del punto 24 del art. 1° de la ley 2997, son cláusulas de una ley, ambas de carácter general (conf. lo dispuesto en el art. 17 de la mencionada ley 402). Finalmente, más allá de las menciones que realiza Valot en torno a su situación particular, lo cierto es que, *prima facie*, propone un conflicto en abstracto entre las normas impugnadas y las garantías constitucionales que, sostiene, esas normas conculcan. Cierto es que la documentación acompañada (vinculada a la actividad que realiza la sociedad actora) así como los párrafos de la demanda citados en el voto de la Dra. Conde suscitan dudas acerca del propósito de esta presentación; sin perjuicio de lo cual, pienso que la pretensión enunciada por la actora, limitada a que se declare la inconstitucionalidad de los textos legales indicados más arriba, resulta propia de la acción prevista en el art. 113, inc. 2°, de la CCBA y ajena al concepto de "caso" o "causa" previsto en los arts. 106 y 113, inc. 3°, de la CCBA y 116 de la C.N., toda vez que, más allá del efecto que el éxito podría tener para la actora como parte de la sociedad o de alguno de sus subconjuntos, no podría el Tribunal, por ausencia de pedido al respecto, disponer respecto del patrimonio de ella ni despejar una incertidumbre acerca de una relación jurídica que la vincule. Dicho en otras palabras, con la formulación con que viene presentada, la acción no debería ser atendida como causa justiciable. El hecho de que la accionante sea uno de los sujetos alcanzados por la norma, no autoriza a expedirse acerca de esa situación, en la medida que la pretensión que propone, y limita al juez, no contenga solicitud a ese respecto.

No obstante ello, adelanto que, por las razones que desarrollo a continuación, coincido con la Dra. Ana María Conde en que la presente acción resulta inadmisible.

2. Las previsiones legales cuya declaración de inconstitucionalidad pretende la actora modificaron el texto del Código Fiscal vigente durante el año 2008 (conf. el dec. 651/GCABA/08, Separata *BO* nº 2952) del modo siguiente. El mencionado punto 23 de la ley 2997 derogó (la norma usa el término "suprimir", refiriendo la derogación por su efecto en el texto ordenado que no es otro que eliminarlo de dicha codificación) el art. 140 del C.F., t.o. 2008, que establecía el procedimiento que debían seguir aquellos contribuyentes, y responsables, cuya actividad estuviese gravada en el ISIB a la alícuota del cero por ciento (0 %), conforme lo

dispuesto en el texto de la ley tarifaria vigente hasta el año 2008, inclusive. En ese orden de ideas, el punto 23 del art. 1° de ley 2997 establece: "Introdúcense al Código Fiscal vigente (t.o. 2008, dec. 651/GCABA/08, Separata *BO* nº 2952) las siguientes modificaciones: (…) "[s]uprímase el art. 140"; artículo este último que rezaba del siguiente modo: "[l]os contribuyentes y responsables comprendidos en el respectivo artículo de la Ley Tarifaria, para gozar de la alícuota allí establecida, deberán indefectiblemente inscribirse ante la Dirección General en los términos y con las condiciones que ésta fije al efecto.// Las inscripciones a que se hace mención en el párrafo anterior caducan de pleno derecho a los tres (3) años de haber sido efectuadas.// Los contribuyentes que se inscriban en forma correcta, aportando los elementos requeridos, en los plazos que la Dirección General establezca, se consideran comprendidos en la alícuota fijada en la Ley Tarifaria desde la fecha en que se concreta la inscripción.// La Dirección General conserva todas sus facultades de fiscalización respecto de los contribuyentes comprendidos en el presente supuesto, pudiendo decidir por cuestiones de hecho y/o de derecho que la alícuota establecida en la Ley Tarifaria para los mismos es improcedente, en cuyo caso son considerados como sujetos gravados a la alícuota que por su actividad correspondiere, desconociéndose su inscripción en aquélla, supuesto en que su conducta hace presumir la figura de defraudación fiscal".

Por su parte, el inc. 25 impugnado eximió a los ingresos provenientes de procesos industriales del pago del ISIB en los siguientes términos:

"Están exentos del pago de este gravamen: (…) Los ingresos de procesos industriales, conforme lo establecido en el 1º y 2º párrs. del inc. b) del art. 57 de la Ley Tarifaria para el año 2009, en tanto estos ingresos no superen los veinte millones de pesos ($ 20.000.000) anuales.

Los contribuyentes o responsables comprendidos en el presente artículo no deben presentarse ante la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos para el reconocimiento de la exención, la que opera en todos los casos de pleno derecho, excepto en los casos que esa Administración disponga la obligatoriedad de su inscripción".

3. En suma, las normas cuya declaración de inconstitucionalidad persigue la actora sustituyeron la tasa cero a la que estaba gravada en el ISIB la actividad de "producción industrial" —realizada en las condiciones que la normativa vigente hasta el año 2008 establecía—, por la exención transcripta en el párrafo que antecede. En palabras de la actora: "[e]sta demanda se plantea contra la validez del art. 1° puntos 23 y 24 nº 25 de la ley 2997, en cuanto el primero deroga el art. 140 del C.F. que establecía la tasa del 0 % para las actividades industriales como la de Valot, y el segundo reemplaza el art. 141 del C.F. en cuanto limita la exención a las industrias cuyos ingresos no superen los $ 20.000.000, por ser estas normas contrarias a las constituciones de la Nación y de la Ciudad" (fs. 37 vta.).

4. Las modificaciones legales indicadas vinieron, además, acompañadas de aquella otra que eliminó del texto de la ley tarifaria para el año 2009 los supuestos

de actividades gravadas a una alícuota del cero por ciento (0 %) en el ISIB. Esta última reforma normativa no ha sido tachada de inconstitucional por la actora. Tal como quedó expuesto más arriba, la actora se limitó a controvertir la validez de la reforma del Código Fiscal que operó para el año 2009 con relación a la actividad de "producción industrial" en las condiciones indicadas, empero, no ha controvertido la que ocurrió para ese año con relación a esa actividad en el Código Tarifario.

5. La actora sostiene que las normas aquí impugnadas resultan inconstitucionales porque violan lo dispuesto en el segundo artículo, punto 4, inc. e, del Pacto Federal Para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (también conocido como: "el Pacto Federal II"), al dejar afuera de la exención al ISIB a aquellos contribuyentes que por su actividad de "producción industrial" facturen anualmente más de $ 20.000.000. Comenta que mediante el citado artículo segundo la Ciudad se comprometió a eximir del pago del ISIB a la "[p]roducción de bienes (industria manufacturera)" —con excepción de los ingresos que obtengan los contribuyentes que realizan esa actividad por las ventas a consumidores finales, los que tendrán el mismo tratamiento que el sector minorista—; compromiso que, sostiene, la CABA incumplió al limitar la exención, únicamente, a aquellos contribuyentes que tengan una facturación anual inferior a los $ 20.000.000. En ese orden de ideas, sostiene, apontocándose en lo dicho por la CSJN en *Fallos,* 322:1781, que el "Pacto Federal II" "…es parte pero parte superior y diferenciada del derecho público local, y es parte pero parte superior y diferenciada del derecho federal, en razón de su nota singularísima de que ninguna de sus partes —ni la Nación, ni Provincia alguna, ni la Ciudad de Buenos Aires— pueden reglamentarlo, ni modificarlo, ni derogarlo unilateralmente". Continúa señalando "…que la Ciudad de Buenos Aires —tanto como la Nación, o cada una de las Provincias— podría unilateralmente modificar su Constitución, pero no podría modificar unilateralmente el Pacto" (fs. 41vta.). De ello, manifiesta, "…se advierte la jerarquía del compromiso que las jurisdicciones locales asumieron en el Pacto, de eximir del [pago del] impuesto sobre los ingresos brutos al ejercicio habitual y a título oneroso de la actividad de la industria manufacturera, en todas sus fases, sin distinciones ni restricciones" (fs. 41 vta.). Finalmente, concluye su razonamiento con estas palabras: "…apreciado así el Pacto, como norma local de nivel superior, como norma federal de nivel superior, como parte del 'derecho intrafederal', según prístinas definiciones de la Corte nacional, aparece claro que la derogación por la Ciudad de Buenos Aires de la exención [más precisamente: gravamen a tasa cero] a la industria en él comprometida es no sólo una clara e incuestionable violación del mismo, sino que resulta contraria a la Constitución Nacional y a la Constitución de la Ciudad Autónoma" (fs. 42 vta.).

5.1. Una incompatibilidad de esa especie, a diferencia de lo que sostiene la aquí accionante, no violenta una jerarquía normativa prevista en la Constitución Nacional o en la local. Ello así, porque, por las razones que desarrollo a continuación, no corresponde asignarles a las llamadas "leyes-convenio", entre ellas el Pacto referido, prelación sobre las leyes locales, con el efecto de que la incom-

patibilidad de las normas locales con la "ley-convenio" determine la invalidez de las primeras. Ello, sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas no susceptibles de determinación en el marco de esta acción (cuestión que retomo en los puntos 5.7. y 5.8. de este voto).

5.2. La preeminencia de "la ley suprema de la Nación" sobre el derecho local[40] dispuesta en el art. 31 de la C.N., no otorga lugar alguno a las llamadas "leyes-convenio". La única referencia a acuerdos que realiza ese artículo es la relativa a los que la Nación celebra con las demás "potencias extranjeras". Esa situación no se vio alterada con el nuevo estatus jurídico que se le reconoció, a partir de la reforma de 1994, a los tratados internacionales a que se refiere el art. 75, incs. 22 y 24 de la C.N., puesto que las "leyes-convenio" no lo son.

Por lo demás, en el *sub lite* no corresponde expedirse acerca de si el art. 75, inc. 2º de la C.N. modificó el esquema descrito. Ello así, porque la actora no ha fundado la jerarquía que entiende detenta el mencionado Pacto en las previsiones de esa norma, ni, menos aún, dada esa circunstancia, se ha hecho cargo de la doctrina de la CSJN según la cual "[q]ue la Constitución determine que la ley convenio de coparticipación federal instituirá regímenes de coparticipación de las contribuciones sobre la base de *acuerdos* entre la Nación y las provincias, no implica que al [P]acto [Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento…] se le haya asignado (…) rango constitucional…" (conf. *Fallos,* 327:1789; doctrina reiterada, recientemente, en *Fallos,* 332:998).

En virtud de ello, no corresponde asignarles a las llamadas "leyes-convenio" más valor que el que le otorguen los actos locales.

5.3. En línea con ello, la CSJN tiene dicho que el Pacto que acá nos ocupa forma parte del derecho local. En particular, en *Fallos,* 327:1789, ya citado, resolvió que la causa resultaba ajena a su competencia originaria porque ella encontraba apoyo en las previsiones del "Pacto Federal II" el que "…tal como lo ha puesto de resalto este Tribunal en *Fallos,* 318:2551 y causa C.1781.XXXI, 'Cámara Argentina de Supermercados y otros c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa', del 8/8/1996, donde se trató específicamente el mencionado pacto [esto es, el Pacto Federal II], las leyes-convenio entre la Nación y las provincias *hacen parte del derecho local*. Esa condición asumen en el campo del derecho público, de modo que su violación colisiona, en primer término, con el plexo normativo provincial, y tal circunstancia excluye la cuestión de la materia exclusivamente federal" (el destacado no corresponde al original); caracterización del Pacto Federal II que fue recordada, recientemente, en *Fallos,* 332:998, ya citado.

[40] Cierto que con algunos matices en el caso de la provincia de Buenos Aires, matices que responden a que los constituyentes de 1860 asumieron naturalmente la tesis contraria a la que expone la actora. En efecto, dejaron a salvo el Pacto de San José de Flores precisamente porque, de no haberlo hecho, dicho pacto no habría tenido, en la jerarquía normativa del art. 31, consideración distinta a cualquier ley provincial o federal, según el caso.

5.4. Los precedentes de la CSJN que cita la accionante en apoyo a su postura, esto es, los publicados en *Fallos,* 322:1781 y 2624, no constituyen un apartamiento de la doctrina indicada en el párrafo que antecede. Comenzaré por repasar lo resuelto por la Corte en esas causas. En ambos precedentes se discutía la procedencia de tributos, o regímenes tributarios locales vinculados al servicio de energía eléctrica; servicio que la CSJN se ocupó de aclarar se inscribe, conforme "arraigada doctrina", en un marco de regulación federal, compuesto, entre otras, por las leyes 14.722, 15.336 y 24.065. En *Fallos,* 322:1781 la Corte sostuvo, con remisión a lo dicho *in re Fallos,* 320:1302, que el sistema instrumentado por la Provincia de Buenos Aires mediante los decs. leyes 7290/67 y 9038/78 y el dec. 1160/92 constituía una barrera aduanera que entorpecía la libre circulación de la energía en detrimento de lo dispuesto en los arts. 9°, 10 y 11 de la C.N. Para resolver de esa manera, señaló, primeramente, que "…la generación, transporte y consumo de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcativo que supone la recordada interpretación del art. 75 [inc. 13] de la C.N. En esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065…" (conf. considerando 5º, de *Fallos,* 320:1302); sentado lo cual, manifestó que la provincia de Buenos Aires, mediante las citadas normas, gravó a los usuarios industriales y comerciales abastecidos de energía por empresas radicadas fuera de su jurisdicción, empero eximió del pago de esos gravámenes a los usuarios que se abasteciesen de empresas radicadas en el provincia (ESEBA S.A. Cooperativa Eléctrica, entes mixto municipales y prestadores privados que operaran a la fecha). En ese contexto, resolvió que "[p]arece evidente entonces que la discriminación resultante del dec. 1160/92 hace que las consecuencias del tributo así aplicado importe en los hechos una barrera aduanera que entorpece la libre circulación en detrimento de lo dispuesto en los arts. 9º, 10 y 11 de la C.N. (*Fallos,* 316:1962 y sus citas)" (conf. el tercer párrafo, del considerando 6º de *Fallos,* 320:1302). Luego de dar esas razones, la Corte manifestó que el compromiso de derogar los impuestos locales que gravan la transferencia de energía eléctrica (conf. art. 1º, punto 1, inc. 2°), asumido en el "Pacto Federal II" por las jurisdicciones locales, se inscribe y alinea con la normativa federal dictada con relación a la materia energética. En *Fallos,* 322:2624 sostuvo que la pretensión de la provincia de Buenos Aires de querer cobrarle a Edesur S.A. los gravámenes "…inmobiliarios y automotores sobre bienes inmuebles o vehículos de [su] propiedad…" resultaba violatorio de lo dispuesto en normas que el Estado nacional había dictado con relación a la materia energética, entre las que se encontraba, las mencionadas leyes 14.722, 15.336 y 24.065 y, en especial, los decs. 1247/62 y 714/92. Nuevamente, una vez señalado ello, remitió a lo dicho en *Fallos,* 322:1781 acerca del "Pacto Federal II" y la materia energética.

En ese marco, la CSJN no vino, tal como adelanté, en esos precedentes a variar la doctrina por ella sentada según la cual el Pacto que acá nos ocupa detenta carácter local. En esas causas se limitó a señalar que formaron parte del acuerdo materias de contenido federal, como lo es, el régimen energético, reguladas en leyes federales o decretos autorizados por esas leyes; materia esta última que no se encuentra por

encima del derecho local por formar parte de una "ley convenio", sino porque, con prescindencia de su contribución a un convenio con las provincias, es suficiente el ejercicio válido de ese poder federal para determinar la invalidez de la norma local opuesta, conf. la doctrina de *Fallos,* 307:613; 320:1302, entre otros. En otros términos, la naturaleza federal de la regulación de la energía eléctrica viene dada por el art. 75 de la C.N. y la jerarquía normativa que detenta dicha regulación, efectuada por el Congreso en ejercicio de los poderes que le han sido conferidos, viene dada por el citado art. 31 de la C.N. que la caracteriza como "la ley suprema de la Nación", y no por el carácter que reviste el "Pacto Federal II". En este orden de ideas, la CSJN expuso, en la sentencia publicada en *Fallos,* 322:1781, que en ese Pacto "[e]xisten materias de claro contenido federal sobre las que se elimina toda pretensión tributaria (tal como es el caso de la energía cuyo régimen regulan las leyes nacionales 15.336 y 24.065) (…), y en otros casos el mandato de 'dejar sin efecto restricciones a la oferta de bienes y servicios y las intervenciones en diversos mercados' involucra ámbitos de competencia local…" (conf. considerando 5º). De lo expuesto, surge con claridad que la CSJN interpretó las previsiones vinculadas a la energía eléctrica en los fallos citados por la actora no por integrar el Pacto, sino por tratarse de normas emitidas por órganos federales dentro de sus competencias de idéntica naturaleza.

La existencia de previsiones de contenido federal no convierte en federal al acuerdo (o "ley convenio").

En suma, los acuerdos entre las jurisdicciones locales y el Estado nacional, como el que acá nos ocupa, pueden incluir cuestiones que revisten carácter federal o local, o ambas a la vez. Pero, el hecho de que ellas formen parte del acuerdo no modifica el tratamiento que la Constitución Nacional da a esas cuestiones; por lo que, a la luz de las razones indicadas más arriba, la ubicación jerárquica que tengan los contenidos acordados en pactos de esta especie dependerá de la jerarquía de los actos federales o locales que los instrumenten, no de la intención común de los Estados "concelebrantes".

En el *sub lite*, ninguna de las circunstancias tenidas en cuenta por la CSJN *in re Fallos,* 322:1781 y 2624 se encuentra acreditada. Por un lado, la actora no ha formulado argumento alguno tendente a mostrar que la actividad de producción de bienes a que se comprometieron las jurisdicciones locales eximir del pago del ISIB, sea una que determine el claro contenido federal, como lo hizo la Corte con relación a la energía. Por el otro, tampoco ha demostrado, como se verá en los puntos 6, 6.1. y 6.2. de este voto, que esa actividad, la "producción de bienes", se encuentre exenta del pago del mencionado tributo por disposición del Congreso nacional en ejercicio de las facultades que le acuerdan los incs. 18 y 19 del art. 75 de la C.N.

5.5. Por último, encuentro motivos para no compartir la acuñada categoría "derecho intrafederal", a que hace referencia la actora (véase punto 5 de este voto), cuyos elementos son los acuerdos celebrados entre las provincias y la Nación, o quizás estos cuando vienen ratificados por leyes locales y de la Nación, a estar a la circunstancia de que solamente tengo noticia de que hayan sido clasificadas bajo

este rótulo las denominadas "leyes-convenio". Esa formulación vino tomada, según los citados *Fallos,* 322:1781 y 2624; entre otros, de Zorraquín Becú, quien, en la obra que cita la Corte en esos precedentes, *El federalismo argentino,* sostuvo que las "leyes-convenio" se encuentran en un peldaño de la escala normativa que las ubica por encima de las leyes de la Nación y de las constituciones locales.[41] No es difícil advertir que no existe tal pirámide dentro del art. 31 de la C.N. (conf. quedó expuesto en el punto 3.2. de este voto), y en verdad no refiere Ricardo Zorraquín Becú argumentos de derecho positivo para sostenerla. En efecto, dicho autor sostiene, al igual que lo hace aquí la actora (véase la cita del mencionado punto 5 de este voto) que las "leyes-convenio" están ubicadas por encima de las leyes nacionales porque "…[l]a existencia del convenio impide su derogación por otra ley nacional o provincial, lo que le acuerda supremacía sobre éstas";[42] argumentos de los que me ocupo a continuación. En mi opinión, no solamente no hay razones de derecho positivo para sostener esa pirámide normativa, sino que hay fundamentos para descartar esa tesis. En efecto, dicho art. 31 pone un universo normativo por encima de cualquier norma local, aun las constituciones locales. Ello ha sido visto así en precedentes tales como *Fallos,* 303:1801, entre otros. No me detendré a establecer si el art. 31 citado establece escalones internos, puesto que no es relevante a los fines del presente debate. Lo que, en cambio, es evidente es que no puede haber productos de los gobiernos locales por encima de lo que constituye "la ley suprema de la Nación". Suponer semejante superioridad de actos emanados de autoridades provinciales, aun cuando fuera de más de una jurisdicción e inclusive con la participación de la Nación, conllevaría a admitir una reforma de la Constitución Nacional por una vía distinta a la prevista en el art. 30. A su vez, esa reforma sería dispuesta por personas que no representan el abanico de opiniones que busca alcanzar el sistema previsto en el mencionado art. 30. La decisión de adoptar una de las llamadas "leyes-convenio" proviene de quienes representan, en principio, únicamente a la mayoría: los poderes ejecutivos de las partes que integran el acuerdo y, en todo caso, también el PL de esas partes mediante el dictado de la ley que ratifica el acuerdo suscripto por el PE (supuesto ese último en que la mayoría para emitir la

[41] La pirámide jurídica propuesta por el autor es la siguiente:
1) Constitución Nacional;
2) tratados internacionales;
3) leyes-convenios celebrados con las provincias;
4) leyes nacionales dictadas en consecuencia de la Constitución;
5) tratados interprovinciales;
6) constituciones provinciales;
7) otras leyes nacionales;
8) leyes provinciales;
9) decretos, etc.
Conf. Zorraquín Becú, Ricardo: *El federalismo argentino,* 4ª ed., La torre de Babel, Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 194.

[42] Zorraquín Becú: ob. cit., p. 194.

ley dependerá de lo que cada jurisdicción local establezca en su constitución; por lo señalado más arriba, omito realizar alguna referencia acerca de las mayorías previstas en los incs. 2° y 3° del art. 75 de la C.N.). En cambio, la mayoría requerida por el art. 30 de la C.N., las dos terceras partes del Congreso, es una que abarca, necesariamente, dado el porcentaje indicado, no sólo la opinión de la mayoría, sino, también, la de las minorías representadas en el Congreso.

5.6. No es dudoso que las provincias pueden celebrar convenios entre ellas o que pueden hacerlo también con la Nación (conf. lo dispuesto en el art. 125 de la C.N. y, en el caso de la Ciudad, en el art. 104, inc. 3°, de la CCBA). Pero, así como en el derecho internacional público hay normas no disponibles por los que celebran un tratado internacional (*ius cogens*), también existe un universo de normas no disponibles por los tratados interprovinciales o entre las provincias y la Nación, concretamente la propia Constitución Nacional. Esos acuerdos podrán dar origen a obligaciones. Algunas de ellas podrían apuntar a comprometer la derogación de leyes locales o la abstención de sancionarlas con determinados contenidos, pero, la consecuencia jurídica del incumplimiento no será, en el marco normativo de la Constitución Nacional, la invalidez de la norma local opuesta al hipotético convenio al que me refiero. Cierto es que una provincia podría organizar sus instituciones disponiendo que sus tribunales, o quizás aun los de ajena jurisdicción, puedan no aplicar las leyes de dicha provincia cuando ellas se opongan a los acuerdos a los que me vengo refiriendo, pero, no encuentro disposición de esta especie en la de la CABA.

5.7. Esa circunstancia no priva de todo valor jurídico a esos acuerdos. Ciertamente, como todo incumplimiento podrá merecer sanción. Pero, esa sanción, por los motivos indicados más arriba, debe ser de especie distinta a la invalidez de la ley local. Deberá consistir, verbigracia, en reparaciones económicas o, quizás, en la extinción de los compromisos de las otras partes en el acuerdo o la suspensión de sus efectos o cualquiera otro que no transgreda la distribución de potestades contenida en la Constitución Nacional. La petición de que se imponga alguna de esas sanciones podrá ser instada por las partes que se han visto perjudicadas por el incumplimiento mediante el reclamo previsto en el art. 127 de la C.N.

Además, esos instrumentos constituyen una fuente a la que cabe acudir a fin de interpretar los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo los que se deben suponer, en principio, en coincidencia con lo acordado.

5.8. La situación descripta no resulta novedosa. Ella no es muy distinta a la que imperó en nuestro a país con relación a los tratados internacionales hasta el año 1992. En efecto, esos acuerdos, conforme la doctrina inveterada de la CSJN hasta ese año, podían ser incumplidos por el Estado nacional mediante el dictado de leyes del Congreso que dispusiesen lo contrario a lo acordado. Las leyes tenían pleno valor interno y derogaban al tratado en lo que pudiera ser de aplicación inmediata o autoejecutable. Ello, no obstante las sanciones internacionales que ese obrar pudiese acarrear. En este orden de ideas, la Corte señaló en la causa publica-

da en *Fallos,* 257:99 que "…ni el art. 31 ni el 100 de la C.N. atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno" (conf. considerando 6º). A lo que agregó que esa "…conclusión es también la adoptada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, con fundamento igualmente en un texto análogo al del art. 31 de la C.N., la 'supremacy clause' de la Constitución de los Estados Unidos, a saber, la cláusula 2ª del art. VI (conf. *Corpus iuris secundum*, vol. 87, p. 236 y ss.; Corwin, *The Constitution of the United States of America*, pp. 419 y ss.)" (conf. considerando 7º). En ese mismo precedente la CSJN, además, sostuvo que "…el derecho internacional, con base en la distinción entre los tratados en cuanto convenios entre distintas potencias y como normas del ordenamiento jurídico nacional interno, remite también la solución, en el segundo aspecto, a la organización respectiva (conf. Kelsen, Hans, *Principles of international law*, Nueva York, 1952, p. 419; Lauterpach, Hersh, *Regles Générales du Droit de la Paix*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1937, t. IV, p. 144; Verdross, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Madrid, 1957, p. 72; Oppenheim, *Tratado de derecho internacional público*, Barcelona, 1961, vol. I, tít. I, cap. IV, pp. 21 y 22). A lo que debe añadirse que la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos. Y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión por esta Corte (conf. Corwin, ob. y lug. citados)" (conf. considerando 9º).

Como se puede observar, la doctrina reseñada acerca de los acuerdos internacionales no difiere en mucho de la desarrollada en este voto con relación a las "leyes-convenio". Esa doctrina se mantuvo, tal como adelanté, hasta el año 1992, año en que la CSJN en la causa "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros" (*Fallos,* 315:1492), sobre la base de una interpretación bastante opinable del art. 27 de la Convención de Viena, puso a los tratados internacionales por encima de las leyes nacionales. Casi dos años después de esa sentencia, el 13/10/1994, la CSJN en la causa "Cafés la Virginia S.A." (*Fallos,* 317:1282), apoyándose en esa interpretación de la Convención, dejó sin efecto una norma interna, la resolución ministerial 174/86, la que resultaba equivalente en rango a las leyes nacionales, en tanto era fruto de una delegación considerada válida, por entenderla contraria a lo dispuesto en el acuerdo de alcance parcial nº 1. En este orden de ideas, en esta última causa sostuvo que "…lo afirmado por esta Corte en la causa citada en el considerando precedente —y que modifica la doctrina de *Fallos,* 257:99 y 271:7— en el sentido de que el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino —una vez resguardados los principios de derecho público constitucional— asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra

el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna…" (considerando 9º).

La jerarquía reconocida en esos pronunciamientos a los tratados que celebra la Nación con otras potencias extranjeras encuentra apoyo, a partir de la reforma constitucional de 1994, en el texto de la Constitución Nacional, conforme los actuales incs. 22 y 24 del art. 75 de la Carta Magna.

Ciertamente, a diferencia de los fundamentos que tuvo la CSJN para estimar que las leyes no pueden privar de efectos a los tratados internacionales, no existe para los convenios interprovinciales o de las provincias con la Nación ni un equivalente al art. 27 de la Convención de Viena ni uno que opere los efectos del art. 75, incs. 22 y 24 de la C.N.

Ello no implica, tal como señalé en el punto 5.7. de este voto, que la existencia de convenios interjurisdiccionales de esa especie carezca de efectos. Muy por el contrario, no tienen en la pirámide escalón superior a los actos federales o provinciales que les dan vida, pero, por una parte, y al igual que los tratados internacionales, los jueces debemos buscar interpretaciones de las normas locales que no las coloquen en oposición a los deberes que hayan adquiridos por acuerdos interjurisdiccionales. Es decir, debemos extremar la búsqueda de armonización entre ambos tipos de normas, las locales y las concertadas entre Estados dentro de la federación. Mas, si no fuera ello posible, la norma posterior deroga la anterior. Aún en ese caso, no es facultativo de cada jurisdicción cumplir con sus acuerdos. Pero, la sanción tendrá consecuencias distintas a la invalidez de la norma posterior.

5.9. En suma, ni la Constitución Nacional, ni la local, ubica a los acuerdos celebrados entre las jurisdicciones locales y el Gobierno nacional en un peldaño que los ponga por encima de las leyes locales. Esa circunstancia no priva de todo efecto a esos acuerdos. Ellos constituyen una herramienta a la que cabe acudir a los fines de interpretar los actos de gobierno. Además, los incumplimientos podrán dar lugar a reclamos y sanciones, distintas, por las razones indicadas, a la invalidez de una norma.

5.10. En virtud de ello, la actora no ha logrado demostrar que la oposición que invoca entre las normas locales y el art. 4°, inc. e, del "Pacto Federal II" constituya un supuesto de invalidez de las primeras, circunstancia que torna, por sí, inconducente la acción intentada.

6. Tampoco resulta admisible la presente acción con relación al agravio según el cual las normas impugnadas resultarían violatorias de lo dispuesto en el art. 75, incs. 18 y 19, de la C.N. (ex art. 67, inc. 16; conocido, también, como la "cláusula del progreso"). En particular, la parte actora sostiene que el "Pacto Federal II" constituye un "vehículo" para concretar la manda constitucional prevista en esos incisos de manera tal que "…la gravación *[sic]* local pretendida se opone también la convergencia de la citada 'cláusula del progreso' y el principio de supremacía nacional del art. 31 de la C.N." (fs. 43 vta.). Funda ello en el hecho de que, a su juicio, como esas normas ponen en cabeza del Congreso el deber de proveer lo

conducente a la prosperidad del país con el dictado de, entre otras, normas que dispongan exenciones, u otros beneficios tributarios, vinculados a tributos locales, "…mayor énfasis constitucional cabe atribuir al instrumento mediante el cual tales emprendimientos no son unilaterales sino que se materializan [por medio] de un Pacto al que se le ha reconocido nada menos que por la Corte nacional *la condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización institucional, Nación y provincias"* (la cursiva corresponde al original) (fs. 43 vta.).

Pero, ese planteo carece de la intensidad que está acción requiere para su procedencia (conf. el inc. 2° del art. 19 de la ley 402 y mi voto *in re* "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3725/04, sentencia de este Tribunal del 16/3/2004).

6.1. Ciertamente el Estado nacional puede, bajo circunstancias que respeten la igualdad y generalidad del tributo, y siempre que ello tenga por fin satisfacer un interés federal legítimo y prevaleciente, eximir de tributos provinciales (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Expreso Singer S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 6664/09, sentencia de este Tribunal del 21/4/2010). Ahora bien, la accionante no ha acreditado, mínimamente, que el Congreso nacional haya ejercicio ese poder con relación a la actividad industrial impidiéndole a la Ciudad legislar una exención como la aquí tachada de inconstitucional. Primeramente, cabe señalar que el "Pacto Federal II" fue ratificado por el PEN mediante el dec. 14/94; órgano que no detenta facultad alguna para disponer exenciones como las indicadas *supra*. Con ello no vengo a desconocer que ese decreto fue dictado en ejercicio de la autorización que le acordó el art. 33 de la ley 24.307 y que las leyes 24.468 y 24.699 dispusieron prórrogas al cumplimiento de las cláusulas de ese Pacto. Pero, de esas cuestiones debió hacerse cargo la actora para traer a conocimiento del Tribunal una discusión constitucional acerca de la validez de actos locales como la aquí propuesta —por ejemplo, debió explicar el alcance que, a su juicio, corresponde asignarle a la autorización dispuesta por el mencionado art. 33 y a las prórrogas previstas por esas leyes; ello con el objeto de conectar esos actos con el ejercicio de la facultad prevista en el mencionado art. 75, incs. 18 y 19—; situación que en el caso no ha ocurrido. A su vez, el párr. 1º del art. 4º del Pacto establece que las provincias deben elevar a sus respectivas legislaturas los proyectos de ley en virtud de los cuales aprueban el acuerdo; aclarándose, en el párrafo siguiente, que dicho acuerdo "…producirá efectos a favor de las Provincias que lo firmen y desde el momento del acto de firma". Estas cláusulas conspiran contra la tesis de la actora según la cual el Congreso nacional habría ejercido en el marco del "Pacto Federal II", los poderes que le acuerdan los citados incisos de la Constitución Nacional. Resulta, *prima facie*, contrario al ejercicio de ese poder supeditarlo a que una norma local apruebe su ejercicio. También, de esas circunstancias debió hacerse cargo la actora y tampoco lo ha hecho. Tal como quedó expuesto, afirma que resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 75 incs. 18 y 19 de la C.N. que la Ciudad exima a la actividad

industrial en la forma dispuesta por las normas aquí controvertidas, pero, omitió considerar, cuando menos, todas las cuestiones apuntadas. Esas falencias llevan a que por esta vía este planteo no tenga, a la luz de la doctrina adoptada en mi voto *in re* "Fedecámaras", ya citado, entidad suficiente para abrir el debate propuesto.

6.2. Con lo dicho no vengo a sostener que el Congreso no pueda hacer uso de las facultades a las que me he referido mediante leyes que, a su vez, inviten a las jurisdicciones locales a acompañar la voluntad política nacional con el dictado de normas en sentido coincidente.

7. Igual suerte deben seguir los planteos que desarrolla la actora en su ampliación de demandada de fs. 74/82. Allí sostiene que las normas impugnadas resultan violatorias de la Constitución Nacional y la local en cuanto: *i)* eximen del pago del ISIB, únicamente, a los ingresos que obtengan los contribuyentes por la actividad de producción industrial que desarrollen en establecimientos radicados en el territorio de la CABA; *ii)* toman como parámetro para limitar la exención la facturación anual del contribuyente (los ingresos brutos anules no deben superar los $ 20.000.000, conforme quedó expuesto más arriba).

8. Sostiene que una norma que, por un lado, exime del pago del ISIB a las industrias radicadas en la Ciudad y, por el otro, grava los ingresos de las que estén radicadas fuera del ejido de la Ciudad, resulta violatoria de la garantía de igualdad. Ello, porque, afirma, la actividad es una sola "…sea que 'la fábrica', 'el establecimiento industrial propiamente dicho', esté radicado dentro o fuera de la Ciudad…", lo que impide, a la luz de las características que revisten al ISIB, que puedan hacerse distinciones de la especie indicada sin conculcar la mencionada garantía. Manifiesta que esa distinción, también, resulta violatoria del principio de razonabilidad y genera un efecto nocivo consistente en que las fábricas se muden, nuevamente, al territorio de la Ciudad. Sostiene, además, que esa distinción opera como "…una suerte de aduana interior, o como medidas de protección económica" (fs. 77 vta.), las que resultan violatorias de la Constitución Nacional conforme la jurisprudencia de la CSJN, entre otros fallos cita, en apoyo a su postura, los publicados en *Fallos,* 320:1302 y 322:1781. Finalmente, aduce que esa norma resulta violatoria de las garantías de generalidad, proporcionalidad y propiedad, de la libre competencia y de la solidaridad federal, la que apunta a la "fraterna unión federal con las provincias" (fs. 79 vta.).

8.1. Cabe comenzar por señalar que si bien el texto del inc. 25 aquí cuestionado remite al 1º y 2º párr. del inc. b) del art. 57 de la ley tarifaria, t.o. 2009 (véase la cita que de ese artículo se hace en el punto 2 de este voto), toda la argumentación reseñada en el punto que antecede da cuenta de que el citado inc. 25 debe ser integrado, a juicio de la actora, con los párrs. 1º y 2º del inc. b) del art. 61 de la mencionada ley tarifaria. Ello, principalmente, porque el art. 57 no contiene previsión alguna dirigida a efectuar la distinción a la que hace referencia la actora, esto es, aquella que supeditaría la procedencia de la exención al lugar donde se encuentre radicada

la fábrica. Esa norma establece, únicamente, qué actividades son las que deben liquidar el ISIB a una alícuota del 4,90 %, según lo dispuesto en el Código Fiscal. En cambio, el mencionado art. 61, al que la actora no hace mención expresa, sí prevé una distinción con base en el lugar donde se halle radicado el establecimiento industrial. En este orden de ideas, esa norma prevé:

Producción industrial, para los ingresos obtenidos por la actividad industrial que se desarrolle en establecimientos radicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto cuentan con la debida habilitación otorgada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A fin de determinar sobre qué porción de la base imponible atribuida a la Ciudad de Buenos Aires se aplica la alícuota establecida en el presente artículo, los contribuyentes y/o responsables deberán realizar el siguiente procedimiento: (…)

8.2. No obstante ello, lo cierto es que ni el art. 61 citado, ni el 57 a que remite el inc. 25 han sido tachados de inconstitucionales por la actora. En efecto, tal como señalé en los primeros puntos de este voto, las normas aquí impugnadas son el punto 23 y el inc. 25 del punto 24 del art. 1° de la ley 2997, y ninguna de ellas prevé la limitación para acceder a la exención al ISIB que acá la actora entiende resultaría inconstitucional, esto es, aquella que discrimina en razón de que la fábrica esté radicada dentro o fuera del territorio de la Ciudad. La norma que realizaría esa distinción es, de aceptarse la interpretación de la actora, interpretación acerca de la cual no me es necesario, en esta oportunidad, expedirme, el art. 61 del C.F., t.o. 2009; norma cuya validez, reitero, no ha sido controvertida en el *sub lite*. En apoyo a lo dicho, obsérvese que en el supuesto de que prosperase este planteo, la norma sobre la que recaería la declaración de inconstitucionalidad no sería parte de las aquí impugnadas, sino una que las integre con el contenido que la actora entiende resulta inconstitucional a la luz del planteo acá efectuado. Esa circunstancia torna inadmisible la acción con relación a este planteo.

9. Finalmente, la actora sostiene que resulta inconstitucional el inc. 25, del punto 24, del art. 1°, de la ley 2997 en cuanto toma la facturación anual del contribuyente como elemento para establecer qué industria puede acceder a la exención allí prevista. Manifiesta que "…carece de todo sustento racional y técnico eximir a los sujetos de menor facturación bruta mientras que se grava a los de mayor facturación bruta, […] [porque] aquellos [los de menor facturación] pueden tener una mayor capacidad contributiva real que estos [los de mayor facturación], o dicho de otra manera, que *no existe una relación lógica, racional, razonable, justificada, entre el monto de los ingresos brutos* (más o menos de $ 20.000.000) *y la exención o gravación [sic] al sujeto*" (el destacado corresponde al original) (fs. 75 vta.). En ese marco, sostiene que la norma resulta violatoria de la garantía de igualdad porque la distinción que realiza no encuentra apoyo en una mayor capacidad contributiva exteriorizada por parte del contribuyente que tiene la mayor facturación; circunstancia que, aduce, también conculca el principio de congruencia. Finalmente, sostiene que el hecho de que se exima del pago del ISIB a las industrias cuyos

ingresos brutos anuales sean inferiores a los $ 20.000.000, mientras que se grava a las que superan ese importe, resulta violatorio del principio de proporcionalidad ya que esa distinción en "…nada se corresponde con la capacidad contributiva del sujeto" (fs. 79).

9.1. Primeramente, cabe señalar que el principio de capacidad contributiva, principio en el que la accionante apoya todos sus agravios, carece de relación directa con la situación denunciada en el párrafo que antecede. Ello es así, toda vez que Valot no se hace cargo del hecho de que la capacidad contributiva que busca captar el ISIB no es la del contribuyente de derecho (u obligado al pago del tributo), sino, al igual que el resto de los tributos llamados "indirectos", la de los consumidores de la actividad que realiza ese contribuyente (consumidores que vale la pena aclarar no tienen por qué ser los consumidores finales).

9.2. Ahora bien, si el argumento de la actora consiste en sostener que en materia de impuestos categorizados como "indirectos", a diferencia de los llamados "directos", el legislador carece de la posibilidad de establecer una graduación en la tributación que dependa de la cuantía de la base imponible, éste tampoco logra prosperar. Ello así, porque ese agravio carece del desarrollo que esta clase de acciones requiere para su procedencia, conforme la doctrina de mi *voto in re* "Fedecámaras", citado en el punto 6 de este voto.

El tratamiento diferencial que el legislador dispensa a supuestos de bases imponibles que entiende reducidas eximiéndolas del pago del gravamen de que se trate —supuesto llamado: "mínimo no imponible"— encuentra motivos distintos según la exención sea dispuesta con relación a un impuesto "directo" o uno "indirecto". La finalidad de una exención de esa especie se manifiesta con mayor claridad cuando existe una relación entre el porcentaje de la base exenta y la capacidad contributiva que se busca captar con el tributo. Ese es el caso de los impuestos "directos" donde el contribuyente de derecho es también el titular de la capacidad contributiva captada. Empero, cuando esa conexión no existe, es más difícil determinar las razones que pudieron llevar al legislador a establecer una exención que busque apoyo en la base imponible del obligado al pago. Este supuesto, tal como quedó indicado en el punto 9.1 de este voto, es el caso de los impuestos "indirectos", los que buscan captar la capacidad contributiva de los consumidores y no la del obligado al pago. El efecto de una exención como la que aquí nos ocupa depende de la influencia que las Pymes exentas tengan en el mercado. Si no son formadoras de precio, venderán al mismo que las que, con mayor envergadura, trasladen el costo impositivo a sus adquirentes, e ingresarán para sí ese importe, lo que supone una modalidad de subvención de parte del Fisco. Si, en cambio, determinan el precio, bien puede ocurrir que trasladen su ventaja al comprador reduciendo el precio, en cuyo caso presumiblemente perjudicarán los resultados de los oferentes de mayor dimensión.

Aun cuando quepa admitir esto, varias son las razones que pueden llevar al legislador a discriminar válidamente en razón de la facturación del obligado al pago. En otros términos, y en lo que al caso importa, diversos son los motivos por los

cuales el legislador pudo optar por eximir al ISIB a los consumidores de productos industriales fabricados por "pequeñas industrias", es decir, aquellas industrias que, probablemente, tengan una facturación anual inferior a los $ 20.000.000. Esos motivos podrían ser los denominados como "parafiscales", destinados, en el caso, a promover a las "pequeñas industrias"; ejemplos de exenciones "parafiscales" en impuestos indirectos podemos encontrar, entre otras, en la ley 19.640 que eximió, entre otros, de los impuestos internos a aquellos consumidores de las actividades que "…se realizaren en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego [hoy Provincia], Antártida e Islas del Atlántico Sur, o por bienes existentes en dicho territorio" (conf. art. 1º de esa ley) por la vía de eximir del pago de ese impuesto a los contribuyentes de derecho. Todo ello, con el objeto de compensar la situación geográfica, extremadamente austral, en la que se encuentra esa Provincia. También, por vía de hipótesis, podría pensarse que el trato diferencial acá controvertido, esto es, aquel que discrimina a los contribuyentes que realizan la actividad de "producción industrial" en razón de su facturación anual, encuentra apoyo en el hecho de haber sido dispuesta en un universo de industrias donde, por ejemplo, las empresas de menor facturación provean a las que la logran mayor; situación que lleva a que esa medida desgrave a las "fábricas grandes", esto es, aquellas de mayor facturación, en forma indirecta.

En ese marco, la actora debió comenzar por hacerse cargo de la finalidad que buscó perseguir el legislador al establecer el "mínimo no imponible" acá controvertido; para luego indicar que él resultaba, si así lo entendía, contrario a la Constitución Nacional o local. Empero, ello no ha ocurrido en el *sub lite*. Esa circunstancia me lleva a votar por declarar inadmisible está acción con relación a este agravio.

10. Las razones dadas hasta acá justifican que el Tribunal declare inadmisibles los planteos propuestos. Ello, conforme reiterada doctrina de este Tribunal, no inhibe a la actora abordar la cuestión aquí propuesta desde la nueva y más rica perspectiva que, eventualmente, podría brindar una ADI futura.

Por lo expuesto, y oído lo dictaminado por el fiscal general, voto por declarar inadmisible la presente acción.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Valot S.A. (en adelante Valot) está legitimada para interponer la acción prevista en el art. 113 inc. 2° de la CCBA (art. 18, inc. 2°, de la ley 402).

En sus escritos de fs. 37/47 vta. y fs. 74/82 cumple con los requisitos del art. 113 inc. 2° de la CCBA, y de los arts. 17 y 19 de la LPTSJ. Individualiza con precisión las normas que cuestiona (incs. 23 y 24 del art. 1° de la ley 2997 —Código Fiscal 2009—), las que pueden ser objeto de impugnación declarativa de inconstitucionalidad pues poseen carácter general y emanan de autoridades de la Ciudad. Vincula la normativa impugnada con argumentos constitucionales, lo que satisface la exigencia de fundamentación.

2. Valot señala que las normas contra las que dirige la acción son inconstitucionales por resultar violatorias de las directivas y principios de los arts. 1°, 7°, 14, 16, 17, 19, 27, 28, 31, 75 (incs. 2°, 13, 22, 24), 125, 126 y concordantes de la C.N., y los arts. 1°, 7°, 9°, 10, 11, 12, 13, 46, 48, 49, 51, 80, 81, 103, 104 y concordantes de la CCBA (fs. 39 vta.).

Sostiene que las normas que impugna son contrarias al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, al que atribuye carácter interfederal y jerarquía superior a las leyes locales, por lo que entiende que su alteración unilateral por las autoridades de la Ciudad no resulta constitucionalmente plausible (fs. 41 y ss.).

3. En la ampliación de demanda, precisa que la modificación al régimen tributario de la Ciudad introducida por las normas que tacha de inconstitucionalidad resulta violatoria de las garantías de igualdad, razonabilidad, propiedad, y libre competencia. Considera también vulnerados los principios de generalidad, proporcionalidad y capacidad contributiva, y los mandatos contenidos en la Constitución Nacional y la CCBA de no discriminación en el comercio entre jurisdicciones y de solidaridad federal.

4. La pretensión se ciñe a la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

5. Por las razones indicadas, corresponde admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por Valot, respecto de los incs. 23 y 24 del art. 1° de la ley de la CABA nº 2997 (Código Fiscal 2009).

Así lo voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. La actora se encuentra legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2°, de la ley 402.

2. En la presentación inicial (véanse fs. 37/47 vta.), así como en el escrito titulado: "Aclara demanda y amplía fundamentos", obrante a fs. 74/82, Valot individualiza con precisión la norma que estima inconstitucional, revistiendo la misma carácter general —puntos 23, 24 nº 25 del art. 1º de la ley 2997— al igual que las cláusulas constitucionales que podrían verse afectadas: *a)* principio de igualdad, consagrado en el art. 16 de la C.N. y su correlato con sus arts. 5°, 7°, 8°, 75 inc. 13, 22 y concs., y en los arts. 10, 11, 51 y concordantes de la CCBA, así como en el art. 35 de la DADDH y el art. 34 del Pacto de San José de Costa Rica; *b)* razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad, consagrado en los arts. 28, 33, 75 inc. 22 y concs. de la C.N. y en los arts. 10, 14, 51 y concs. de la CCBA; *c)* no discriminación en el comercio interjurisdiccional, consagrado en la "cláusula comercial" de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 13 y arts. 1°, 4°, 9° a 12, 31, 75 incs. 12, 18, 30, 125, 126 y concs.) y arts. 1°, 7°, 9°, 10, 14 y concs. CCBA); *d)* generalidad y proporcionalidad en materia tributaria, conforme arts. 4° y 75, inc. 2º y concs. de la C.N. y arts. 10, 13 inc. 3º, 51 segundo párrafo y concs. de la CCBA; *e)* propiedad y libre competencia, consagrados por los arts. 14, 17, 75

inc. 13 y concs. de la C.N. y arts. 10, 12, inc. 5º, 14, 48 y concs. de la CCBA; *f)* solidaridad federal, directiva contenida en los arts. 1°, 5°, 6°, 7°, 8°, 16, 75 inc. 2° y concs. de la C.N. y arts. 10, 51, 2º párr. y concs. de la Constitución local; *g)* acceso a la justicia, consagrado en el Preámbulo y en los arts. 43, 75 inc. 22, 116, 117 y concs. de la C.N. y en los arts. 10, 12, inc. 6º, 13, inc. 3º, 14, 113 inc. 2º y concs. de la CCBA; como, asimismo, la presentante invoca el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993 —al que da carácter *intrafederal*—, todo ello en tanto las normas cuestionadas eximen del impuesto sobre los ingresos brutos, o gravan con tasa cero, a los sujetos que realicen en la Ciudad ejercicio habitual de la actividad onerosa de la industria manufacturera sólo si el establecimiento industrial está radicado dentro de ella y siempre que sus ingresos brutos anuales no superen la suma de $ 20.000.000, quedando fuera del referido tratamiento preferencial quienes no cumplieren con estos dos últimos requisitos.

3. Asimismo, estimo que corresponde, a fin de despejar dudas, al igual que lo hace el doctor Luis F. Lozano en el punto 1 de su voto, dejar señalado que entiendo que las referencias que Valot efectúa acerca de su situación particular en los escritos de promoción de esta acción, tienen un carácter meramente ilustrativo y no llevan a colegir que estemos en presencia de un caso o causa en los términos de los arts. 106 y 113, inc. 3º de la CCBA y 116 de la C.N. Entiendo, por tanto, que la accionante, en principio, ha logrado establecer un cuestionamiento de constitucionalidad en abstracto entre los principios invocados y las normas atacadas.

4. Por ello, sin perjuicio del juicio definitivo de procedencia formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad que pueda efectuarse luego de escuchadas las partes en el debate con el que se sustancia este proceso, me pronuncio, en esta instancia preliminar, a favor de su admisibilidad.

Así lo voto.

El juez JORGE A. FRANZA dijo:

1. La actora se encuentra legitimada para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 inc. 2º de la CCBA (art. 18, inc. 2°, ley 402).

2. Ahora bien, corresponde analizar si la accionante ha cumplido con los restantes requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción, que en reiteradas oportunidades el Tribunal ha mencionado, a saber: *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 sus sucesivas presentaciones Valot S.A. ha expuesto que la norma cuya inconstitucionalidad propugna es la ley 2997, más precisamente el art. 1º incs. 23 y 24, que fue sancionada por la legislatura porteña y tiene carácter general, motivo por el cual cumple con los requisitos exigidos por el art. 113 inc. 2° de la CCBA y sus reglamentarios (arts. 17 y 19 de la ley 402).

Expone, la accionante, que las normas referidas en el párrafo anterior, al modificar el régimen del impuesto a los ingresos brutos, preestablecido en el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (que caratula como de rango "intrafederal"), contraría los principios constitucionales que a continuación se enumeran: *a)* igualdad (art. 16 y su correlato en los arts. 5°, 7°, 8° y 75, incs. 13 y 22 de la C.N. y 10, 11 y 51 de la CCBA); *b)* razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad (arts. 28, 33, 75 inc. 22 y concs. de la C.N. y arts. 10, 14, 51 y concs. de la CCBA); *c)* no discriminación en el comercio interjurisdiccional (art. 75 inc. 13 en correlación con los arts. 1°, 4°, 9° a 12, 31, 75 incs. 12, 18 y 30, 125, 126 y concs. de la C.N. y 1°, 7°, 9°, 10, 14 y concs. de la CCBA); *d)* generalidad y proporcionalidad (arts. 4°, 75 inc. 2º y concs. de la C.N. y arts. 10, 13 inc. 3º, 51 segundo párrafo y concs. de la CCBA); *e)* propiedad y libre competencia (arts. 14, 17, 75 inc. 13 y concs. de la C.N. y los arts. 10, 12 inc. 5º, 14, 48 y concs. de la CCBA); *f)* solidaridad federal (arts. 1°, 5°, 6°, 7°, 8°, 16, 75 inc. 2º y concs. de la C.N. y arts. 10, 51 segundo párrafo y concs. de la CCBA) y *g)* acceso a la justicia (arts. 43, 75 inc. 22, 116, 117 y concs. de la C.N. y arts. 10, 12 inc. 6º, 13 inc. 3º, 14, 113 inc. 2º y concs. de la CCBA).

Si bien en su primera presentación (fs. 37/47 vta.) la parte no había logrado demostrar acabadamente de qué manera la norma cuestionada afectaba las garantías constitucionales invocadas, en el escrito de fs. 74/82 ha expuesto, principio por principio, la forma en la cual (a su criterio) la reforma al Código Fiscal contraría la Constitución Nacional y la local.

Entonces, considero que la presentación bajo análisis cumple con los requisitos formales de admisibilidad de la acción y por ello corresponde darle el trámite pertinente para tratar el fondo de la cuestión traída a estudio.

3. La empresa Valot S.A. centra su petición en la declaración de inconstitucionalidad en forma abstracta y general de la norma mencionada en el segundo párrafo del apart. 2 y entiendo que, tal como lo señalaran el Dr. Luis F. Lozano (en el 1º punto de su voto) y el Dr. José O. Casás (en el punto 3º del suyo), las expresiones relacionadas con la situación particular de la firma han sido vertidas a modo de ejemplo para tornar más ilustrativo el complejo planteo traído a consideración.

4. Por todo lo expuesto entiendo que corresponde declarar formalmente admisible la acción interpuesta a fs. 8/11 y ordenar el traslado de la demanda en los términos del art. 21 de la ley 402.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por Valot S.A. a fs. 37/47 y 74/82.

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 treinta (30) días, para que comparezca y la conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesario producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Jorge A. Franza.*

CCIV

"INDUGRAF S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MARTÍNEZ, JUAN CARLOS S/DENUNCIA POR USURPACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestiones de hecho y prueba. Caso constitucional.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado toda vez que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada por los efectos que produce en cabeza de la recurrente (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante, véase el voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El recurrente no da argumentos suficientes para demostrar que la decisión que ataca le genera un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior, ya que la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales

no suple la ausencia de sentencia definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante, véase el voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Los motivos de agravio invocados por la querella se reducen, en rigor, a la manifestación de su simple disconformidad con el modo en que los jueces interpretaron hechos y pruebas para, finalmente, descartar la aplicación de la norma infraconstitucional contenida en el art. 335 CPP, materia que se encuentra excluida de la competencia del Tribunal, al menos en el marco de los recursos intentados y es exclusiva de los jueces de la causa (art. 113, CCBA y arts. 27 y 33 de la ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante, véase el voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7070/10 - 24/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El representante legal de la firma "Indugraf S.A.", parte querellante en este proceso, interpuso queja (fs. 2/10) contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. Ese remedio procesal, a su vez, fue interpuesto contra la resolución de la Sala I que había confirmado la decisión de primera instancia en cuanto rechazó su pedido de allanamiento y restitución provisional del inmueble ubicado en la calle Sánchez de Loria 2251.

2. La parte querellante, en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 89/93), señaló que la decisión atacada resulta equiparable a una sentencia definitiva en tanto produciría un gravamen de imposible o insuficiente reparación posterior. Asimismo, denunció la supuesta arbitrariedad de la resolución de la Cámara —por ausencia de fundamentación suficiente (fs. 92)— y, en igual sentido, la violación de su derecho de propiedad en tanto se le impediría el uso y goce del inmueble en cuestión —y de los bienes muebles que se encuentran en su interior— desde el momento en el que se habría cometido el despojo.

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso interpuesto porque no atacaba una decisión definitiva ni equiparable a tal.

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, propició el rechazo de la queja porque, según argumentó, la decisión que confirmó el rechazo de una medida cautelar no era equiparable a una sentencia definitiva y, además, porque el recurrente no demostró la arbitrariedad de la decisión atacada.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja interpuesta debe ser rechazada toda vez que el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una *sentencia definitiva* u otra decisión que pueda serle equiparada por los efectos que produce en cabeza de la recurrente (art. 27, ley 402).

Tal como tiene dicho el Tribunal reiteradamente: "Es 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*, 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. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

2. El recurrente, en su queja, no da argumentos suficientes para demostrar que la decisión que ataca le genera un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior. Como lo sostiene la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos*, 308:62; entre otros). En este sentido, las genéricas referencias efectuadas en el recurso en torno al alegado carácter irreparable de los agravios invocados —circunscriptas a la imposibilidad de disponer del inmueble donde funcionaba la empresa gráfica "Indugraf" desde el momento en que habría operado el despojo— no han sido adecuadamente fundamentadas ni debidamente probadas y resultan insuficientes para demostrar que deba hacerse, en el caso, excepción a la regla a la que se refiere la constante jurisprudencia de este Tribunal (conf. el Tribunal *in re* "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. n° 2778/04, resolución del 16/6/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 556 y ss. y sus citas y mi voto *in re* "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'", expte. nº 4171/05, resolución del 5/4/2006).

3. Por lo demás, al margen del acierto o error de la decisión cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad, los motivos de agravio invocados por la querella se reducen, en rigor, a la manifestación de su simple disconformidad con el modo en que los jueces interpretaron hechos y pruebas para, finalmente, descartar la aplicación de la norma infraconstitucional contenida en el art. 335, CPP. Esa materia,

por regla, también está excluida de la competencia del Tribunal, al menos en el marco de los recursos intentados y es exclusiva de los jueces de la causa (art. 113, CCBA y arts. 27 y 33 de la ley 402).

Por lo expuesto, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la queja presentada y dar por perdido el depósito que exige el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración se agregó a fs. 1.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con mi colega, el Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada porque la decisión que se viene recurriendo, esto es, aquella que, en lo que ahora importa, no hizo lugar al pedido de libramiento de una orden de allanamiento a fin de que se desalojase el inmueble ubicado en la calle Sánchez de Loria 2251, no es la definitiva a la que se refiere el art. 27 de la ley 402, ni la parte querellante, hoy recurrente, ha logrado demostrar que, por sus efectos, corresponda equipararla a una de la especie mencionada. Con el objeto de lograr esa equiparación, dicha parte sostiene que esa decisión le genera un perjuicio de imposible reparación ulterior consistente en la imposibilidad de disponer del inmueble donde funciona la Sociedad Indugraf. En este orden de ideas, manifiesta que la sentencia de Cámara es "…equiparable a definitiva, pues, en el lenguaje de la Corte Suprema, produce un 'inmediato gravamen irreparable, de imposible o insuficiente reparación posterior', toda vez que hace diez meses venimos padeciendo un delito —usurpación— que afecta gravemente el derecho de propiedad de la sociedad que integro…" (fs. 3 vta.). Pero, no explica por qué el perjuicio que denuncia: la imposibilidad de disponer del mencionado inmueble, más allá de sus afirmaciones, no podría hallar reparación con la sentencia definitiva. Esa circunstancia, unida a la ausencia de otro argumento que acredite la existencia de un perjuicio de las características denunciadas, impide al progreso del mencionado planteo.

Por ello, voto por rechazar la presente queja y dar por perdido el depósito cuya constancia obra a fs. 1.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Dar por perdido* el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 1.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

CCV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DEL ESTADO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional.

SUMARIOS:

1. Los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. El caso constitucional que se pretende construir en torno a la falta de legitimación de ATE ha sido introducido en el proceso en forma tardía, lo que impide su tratamiento en esta instancia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El recurso de queja planteado por el GCBA no puede prosperar ya que no plantea adecuadamente un caso constitucional, así en la demandada afirma que ha expuesto en el recurso de inconstitucionalidad cuestiones vinculadas con los alcances del amparo constitucional (art. 14, CCBA y 43 C.N.), las atribuciones privativas del órgano ejecutivo (arts. 1°, 80 y 102, CCBA) y el contenido del derecho de defensa y al debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), se advierte que la genérica invocación de cláusulas constitucionales efectuada no guarda relación directa con los planteos efectivamente desarrollados en el recurso. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6971/09 - 25/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Rodolfo Eduardo Arrechea, en su condición de Secretario General Adjunto de la Asociación de Trabajadores del Estado (en adelante ATE), y Claudia Azulina Ronco, José Esteban Piazza y Pastor Jorge Mora, en su calidad de integrantes de diversos cuerpos artísticos del Teatro Colón (ballet estable, orquesta filarmónica y orquesta estable respectivamente) promovieron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) tendiente a que: "*a)* cese la actitud discriminatoria contra los integrantes de los diferentes cuerpos artísticos, *b)* se restablezca la situación de equiparación remuneratoria y de condiciones de trabajo entre los diferentes cuerpos artísticos, *c)* se repare la diferencia remuneratoria que viene observándose desde Mayo de 2005 y que subsiste al presente y *d)* se restablezca la negociación paritaria sectorial con participación de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), con especial referencia a la totalidad de los cuerpos artísticos del Teatro Colón" (fs. 2 vta., punto II).

2. El GCBA contestó la demanda, se opuso a su admisibilidad y procedencia y requirió su rechazo (fs. 11/20).

3. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó "al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que en el plazo de quince (15) días continúe la negociación paritaria sectorial del Teatro Colón, con intervención de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE)". Las costas las impuso "por su orden en atención a que existe vencimiento parcial mutuo" (fs. 22/26 vta.).

4. Apelada la sentencia por el GCBA (fs. 27/32) sostuvo que el *a quo* no trató su planteo de falta de idoneidad de la vía para considerar la suspensión de las negociaciones sectoriales, cuestión que su parte formuló ante la ausencia de una conducta de la Administración que fuera manifiestamente arbitraria o ilegal. Afirmó el recurrente: "Se ve, por el contrario, una divergencia interpretativa en cuanto a la ordenación jerárquica de las normas en juego y opiniones diferentes en torno a la mayor o menor conveniencia de la continuación de una partidaria sectorial, encontrándose en trámite la partidaria general" (fs. 28 vta.). También expresó que la pretensión incoada era abstracta ya que en otros dos procesos que tramitaban entre las mismas partes (Juzgados 6 y 8 del fuero) "se ha dado cuenta no sólo de la existencia y funcionamiento de la paritaria general, sino también de la participación del sindicato actor en la misma, asegurada inclusive por el dictado de sendas medidas cautelares" (fs. 30 vta.). Por último negó la existencia de un derecho de ATE conculcado por la Administración, pues en la negociación sectorial correspondiente al Ministerio de Cultura que se desarrollaba a la fecha de contestación de la demanda —circunstancia que tornaba infundado el pedido de reanudación formulado en la demanda— intervenía "la organización sindical representativa en dicho nivel sectorial, que no es la demandante sino el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA), comprendiendo y

abarcando una pluralidad de instancias organizacionales, entre ellas, desde luego, el Teatro Colón" (fs. 31 vta.).

5. ATE no contestó el traslado del memorial de agravios (véase relato efectuado en el punto 3 de la sentencia de fs. 34/36).

6. La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia apelada, sin costas (ídem).

Para así decidir, sostuvo: *a)* que no había elementos de juicio que acreditaran la falta de actualidad de los agravios formulados por ATE en el amparo, como tampoco sobre la conclusión de las negociaciones invocada por el GCBA como impedimento para ordenar la reanudación de la negociación; *b)* que ATE, entidad gremial con personería jurídica, se hallaba habilitada para intervenir en la negociación colectiva sectorial, de acuerdo a criterios de pluralidad gremial propios de una sociedad democrática, y atento a las disposiciones de los arts. 77, 78, 84 y 85 de la ley 471.

7. Disconforme con esa decisión, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 37/42). Sostuvo que el pronunciamiento recurrido afectaba "directamente la garantía constitucional del debido proceso (art. 18, C.N.; art. 13, CCBA) y la división de poderes ínsita en el sistema republicano de gobierno (arts. 1 º, 80 y 102 de la CCBA; art. 1°, C.N.)" al haberse arrogado la alzada funciones propias de los otros poderes estatales sin evaluar las consecuencias de gravedad institucional que tal conducta implicaba.

Argumentó, también, que: *a)* en atención al contenido y al tribunal que la emitía, la resolución en crisis constituía una sentencia definitiva, susceptible de ser recurrida mediante el recurso de inconstitucionalidad (conf. art. 22 de la ley 2145); *b)* se encuentra controvertida la interpretación del art. 14, CCBA, que regula la acción de amparo: *c)* el fallo recurrido "se sustenta en simples aseveraciones expresadas por la parte actora y que no han merecido suficiente debate en estos obrados judiciales"; *d)* la sentencia contraría los criterios de admisibilidad del amparo fijados por el TSJBA en los casos "Akrich" y "Prati", entre otros; *e)* la acción fue iniciada sin que la parte actora (ATE) contase con la legitimación debida, por lo que "...el tribunal incurre en notorio exceso de jurisdicción, al reconocer a la amparista un grado de representatividad mayor al de sus estatutos..."; *f)* la Resolución de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo de la Nación de fecha 30/6/2005, en el marco del expte. nº 1.116.204/05 reconoce en el SUTECBA la representación de los trabajadores en la negociación colectiva; *g)* las paritarias que el fallo ordena restablecer ya habían concluido.

8. ATE contestó el traslado del recurso articulado por el GCBA y solicitó que se lo declare desierto, entre otros planteos (véase relato efectuado en la sentencia de fs. 44/46, en especial: fs. 44 vta.).

9. La Cámara de Apelaciones resolvió: "Declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada. Con costas a la vencida" (fs. 44/46). Expresó, para ello, que "las cuestiones tratadas fueron todas relativas a

la interpretación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional y la sentencia cuestionada aparece precedida de adecuada fundamentación" (fs. 45).

10. Ante ello, el GCBA planteó la queja correspondiente (fs. 48/54 vta.). Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja pues tanto ésta como el recurso de inconstitucionalidad "sólo incluyen un reproche genérico de la sentencia recurrida, así como la mera mención de disposiciones constitucionales sin involucrar una cuestión constitucional" (fs. 61/63).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tal como surge de los resultas, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar parcialmente a la demanda y ordenaba "…al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que en el plazo de quince (15) días continúe la negociación paritaria sectorial del Teatro Colón, con intervención de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE)" (fs. 26 vta.). En su pronunciamiento, la Cámara destaca que "…de la causa surge que las negociaciones paritarias se celebraron entre SUTECBA y la representación del Gobierno" (fs. 36).

De las constancias de la causa se desprende que el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA) no ha sido citado a participar del proceso. Ello, a pesar de que su interés se encuentra reconocido desde que no ha sido controvertida su participación en las negociaciones colectivas reguladas por la ley 471, en sus arts. 69 y ss., en las que ATE reclama participación. A todas luces, la situación de SUTECBA se ve alterada por la sentencia que obliga a integrar la mesa de negociación con un nuevo participante, al que, por lo demás, se le adjudicaría capacidad de votación, necesariamente, en detrimento de la posición de SUTECBA. A ello se suma que una de las defensas ensayadas por el Gobierno busca apoyo en que la representación de los trabajadores en las negociaciones sectoriales del ámbito del Ministerio de Cultura corresponde solamente a SUTECBA, en atención a que es la organización sindical representativa en ese nivel sectorial (fs. 17 del expediente principal).

Sin perjuicio de cuál sea la solución que corresponda a la cuestión de fondo acerca de la que versa la presente causa, el proceso se encuentra viciado toda vez que ha sido tramitado sin que se haya citado a una persona sobre la cual, claramente, irradiará sus efectos. Aun cuando la integración de la litis sea una carga que pesa sobre quien insta la acción, es misión que corresponde a los jueces la de evitar dictar pronunciamientos cuando esa integración no ha sido realizada correctamente y, de ese modo, velar por el derecho de defensa de quienes no han sido traídos al pleito y pueden verse afectados sin haber tenido oportunidad de ejercer su derecho a ser oídos.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada, anular todo lo actuado y reenviar la

causa para que jueces distintos a los que ya intervinieron adecuen el trámite del proceso a lo aquí establecido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

2. No obstante, tal como se ha indicado, los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA). El Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que "(l)a 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 (conf. este Tribunal *in re* "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.).

Por lo expuesto, considero que debe admitirse el recurso de queja y desestimarse, por improcedente, el recurso de inconstitucionalidad, con costas. Así voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El presente recurso de queja cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, pero no logra rebatir el fundamento en que se basó la Cámara para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un genuino caso constitucional.

2. En los recursos de inconstitucionalidad y queja, el GCBA pretende construir un caso constitucional centrado en la violación a la garantía del debido proceso, el principio de división de poderes y la desnaturalización de la vía del amparo prevista en el art. 14 CCBA. Esencialmente, critica la decisión de Cámara que confirmó la sentencia de primera instancia que había admitido parcialmente el amparo, por no merituar adecuadamente los siguientes planteos:

a) la cuestión en debate se tornó abstracta, habida cuenta la existencia y funcionamiento de la paritaria general, y la participación del sindicato actor en ella;

b) la vía del amparo es improcedente, y su admisión viola el art. 14 CCBA y la doctrina de este Tribunal sentada en las causas "Akrich" y "Prati";

c) ATE carece de legitimación activa, ya que la organización con personería gremial y habilitada para intervenir en las negociaciones gremiales y en cualquier acción judicial referida a conflictos colectivos o individuales referidas a los empleados públicos del Teatro Colón, es el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA).

3. En primer lugar, el GCBA insiste en plantear la falta de actualidad de la pretensión de autos, pero no rebate el argumento por el cual la Cámara desestimó dicho planteo: la inexistencia de elementos de juicio que en forma concreta indiquen que los agravios deducidos por la actora hayan perdido actualidad (véase fs. 351, apart. 6).

El recurrente se limita a sostener que "...de las probanzas arrimadas a los presentes actuados, se desprende nítidamente que se encuentra en trámite distintas negociaciones paritarias en las cuales participa la parte actora, lo cual torna abstracto el planteo amparista ..." (fs. 361 vta. de los principales —recurso de inconstitucionalidad— y fs. 52 de la queja), pero no indica a qué "probanzas" se refiere, en qué elementos de hechos basa su aseveración, que en consecuencia, más allá de su incomprobable veracidad, se torna dogmática e infundada.

4. En cuanto a la improcedencia de la vía del amparo, el GCBA sostiene que la sentencia recurrida desnaturaliza los alcances atribuidos por el constituyente al amparo implementado en el art. 14 CCBA, pero no fundamenta su planteo con la seriedad y contundencia que exige un recurso de carácter extraordinario como el presente.

El GCBA sostiene que no existe un acto manifiestamente arbitrario o ilegal que justifique la procedencia del amparo, pero no refuta la argumentación realizada por los jueces de mérito para concluir lo contrario: que como la normativa aplicable no impide la realización simultánea de negociaciones y convenios colectivos con distintos niveles y ámbitos de aplicación, la ruptura de las negociaciones paritarias sectoriales referidas al personal del Teatro Colón, mantenidas oportunamente con participación de ATE, constituyó una conducta del GCBA violatoria del principio de buena fe que debe primar en dicha materia, conforme lo dispuesto en el art. 78 de la ley 471 (fs. 294 vta./296 vta., apart. VI de la sentencia del juez de primera instancia, y fs. 351 vta./352, apart. 9 de la sentencia de segunda instancia).

Más allá del acierto o error de los fundamentos expuestos por los jueces de mérito, lo cierto es que el recurrente no logra rebatirlos ni —en contrapartida— acreditar la legitimidad de la actividad administrativa cuestionada, lo que impide concluir que exista un pronunciamiento dogmático, de fundamentación solo aparente.

Por otra parte, el recurrente tampoco indica que se viera impedido de oponer alguna defensa, o privado de interponer o producir alguna medida probatoria atento el limitado marco cognoscitivo del amparo, ni manifiesta por qué motivos la presente causa debería haber transcurrido por otro cauce procesal.

5. Por último, el caso constitucional que pretende construir en torno a la falta de legitimación de ATE, ha sido introducido en el proceso en forma tardía, lo que impide su tratamiento en esta instancia.

Cuando presentó el informe contemplado en el art. 8º de la ley 16.986 (fs. 87/96 de los autos principales), lo que constituye su primera presentación en el proceso, no planteó la falta de legitimación activa de la asociación demandante. Tampoco lo hizo al apelar y expresar agravios contra la sentencia de primera instan-

cia (fs. 299/307 de los autos principales). Por el contrario, en ambas oportunidades el GCBA manifestó haber citado a los representantes de ATE a las negociaciones sectoriales correspondientes al ámbito del Ministerio de Cultura, y dijo que no concurrieron por voluntad propia.

Recién al interponer el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA introduce el argumento relativo a la falta de legitimación de ATE, de la siguiente manera: "...(L)a Asociación de Trabajadores del Estado *no* ejerce la representación personal y territorial de los trabajadores del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al menos para representarlos en autos y de la manera que pretende...", ya que "...la personería gremial en la Ciudad de Buenos Aires corresponde al Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA)...", de manera tal que SUTECBA es el único gremio habilitado para actuar ante la justicia, tanto en conflictos colectivos como individuales (fs. 360/361 de los autos principales, apart. 3 del recurso de inconstitucionalidad).

Al no realizar este planteo en la primera oportunidad posible —al presentar el informe del art. 8º de la ley 16.986—, los jueces de mérito no pudieron tratarlo, de manera tal que no existe pronunciamiento al respecto del tribunal superior de la causa, lo que implica la ausencia de uno de los requisitos esenciales de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad intentado. Por lo tanto, este tribunal no está habilitado para emitir ninguna decisión al respecto.

6. En conclusión, los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso hayan sido planteadas oportunamente y que versen sobre "la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA).

Este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que "(l)a 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 (conf. este Tribunal *in re* "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.).

En consecuencia, voto por rechazar la queja deducida por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja planteado por el GCBA no puede prosperar ya que no plantea adecuadamente un caso constitucional. Aunque la demandada afirma que ha expuesto en el recurso de inconstitucionalidad cuestiones vinculadas con los alcances del amparo constitucional (art. 14, CCBA y 43, C.N.; fs. 50 vta.), las atribuciones privativas del órgano ejecutivo (arts. 1°, 80 y 102, CCBA; fs. 52 vta.) y el contenido del derecho de defensa y al debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCBA; fs. 50), se advierte que la genérica invocación de cláusulas constitucionales

efectuada no guarda relación directa con los planteos efectivamente desarrollados en el recurso.

2. El GCBA, en rigor, no rebate adecuadamente los fundamentos expuestos en el pronunciamiento recurrido que llevaron a la Cámara a no conceder el recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un caso constitucional. La mera reiteración de planteos que fueron oportunamente atendidos no permite tener por configurado un caso constitucional, ante la ausencia de crítica suficiente de los fundamentos desarrollados por la Sala II para decidir las cuestiones sometidas a decisión. Así, las menciones constitucionales que efectúa el recurrente sólo tratan de brindar una cobertura de ese carácter a los agravios planteados, relativos a la falta de legitimación de ATE, la falta de idoneidad de la vía procesal elegida para litigar, la falta de actualidad del planteo objeto del amparo y la omisión de considerar lo resuelto por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo de la Nación en el expte. nº 1.116.204/05, cuya consideración remite a la interpretación de las normas y actos infraconstitucionales efectuada por el tribunal *a quo,* y no a la hermenéutica de alguna regla constitucional.

En suma, los planteos traídos a conocimiento de este estrado no pueden ser abordados en tanto no se ha demostrado que las cuestiones debatidas en el presente proceso versen "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución" (art. 113, inc. 3º, CCBA).

Este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que "(l)a 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 (conf. este Tribunal *in re* "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.).

3. Tal como lo afirma en su voto mi colega la Dra. Ana María Conde, cabe señalar que el recurrente tampoco ha indicado que se viera impedido de oponer alguna defensa, o privado de interponer o producir alguna medida probatoria atento el limitado marco cognoscitivo del amparo, ni manifiesta por qué motivos la presente causa debería haber transcurrido por otro cauce procesal, más allá del acierto o error de lo decidido por las instancias de mérito al atender parcialmente la pretensión formulada por la parte actora.

Por otro lado, la argumentación mediante la cual el GCBA intenta explicar que la representación gremial para participar de las negociaciones paritarias a las que remite el presente expediente correspondería —con carácter exclusivo— a otro sindicato (SUTECBA) ha sido descartada de manera expresa por los jueces de la causa a partir de la valoración de circunstancias de hecho y de la prueba producida, así como de la interpretación de normas de jerarquía infraconstitucional; por lo tanto, más allá de su acierto o error, entiendo que lo decidido sobre el punto en

las instancias de mérito, en este caso concreto, tampoco ha sido objeto de crítica desde una perspectiva constitucional, circunstancia que impide, en esta oportunidad, ingresar al tratamiento del agravio en esta instancia extraordinaria.

En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto (fs. 61/63), corresponde rechazar la queja articulada por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* que los agravios planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

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

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

CCVI

"PITTORINO CÁCERES, CARLOS A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PITTORINO CÁCERES, CARLOS A. C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestión constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Encasillamiento. Principio *pro operario*. Arbitrariedad de sentencia.

En sus votos los señores jueces remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6259/08 "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 17/6/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja si no se da cumplimiento a la carga de realizar una crítica concreta y detallada del auto denegatorio ni se rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo.

(Voto de la señora jueza Ana María Conde al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).

2. No es admisible el recurso de queja si no se expone una cuestión constitucional y solo se enuncia una discrepancia con la sentencia de Cámara en cuanto a la valoración que ese tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar la decisión impugnada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. La doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde pueda discutirse cuestiones de hecho o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El recurso de queja es procedente si contiene una crítica concreta, puntual y profunda del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, en la que se invoca la afectación de derechos consagrados en la Constitución Nacional, vulnerados por una interpretación "irrazonable, forzada e ilógica" del tribunal de mérito. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en atención a que el eje de la controversia gira en torno a la operatividad del art. 14 bis de la C.N., o en otros términos a los alcances del principio *pro operari* que es una forma de garantía de igualdad entre quienes trabajan para el Estado y quienes lo hacen para empleadores particulares, cuya efectivización importa respecto del actor el reconocimiento del imperativo legal y constitucional del Estado de darle un correcto encasillamiento acorde a sus tareas y responsabilidades como profesional integrante de la Procuración. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 7082/10 - 25/8/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Carlos Alberto Pittorino Cáceres Cano inició una demanda por cobro de pesos contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) "derivado de diferencias retroactivas e impagas por mal encasillamiento durante el período transcurrido entre el 1°/4/1992 y el 30/6/1994", más sus intereses y las costas del juicio (fs. 1/4 vta., autos principales).

Manifestó que fue encasillado por aplicación del dec. 670/92 a partir del 1°/4/1992 "en un determinado nivel y grado" —que no indicó—, que interpuso contra ese acto sendos recursos dirigidos a que se declarara su nulidad; y que —al momento de interponerse la demanda— ellos no habían sido resueltos.

Agregó que el 8/6/1994 fue reencasillado —en la categoría en la que revistaba a la fecha de la demanda— por la Administración, a través de la disposición 178/DGRH/94, que dio aplicación al dec. 922/94, a partir del 1°/7/1994. Afirmó que "[e]l dec. 922/94, fue dictado a fines de corregir el erróneo encasillamiento que realizó la demandada al 1°/4/1992, por aplicación del dec. 670/92, del personal que prestaba servicios, en funciones jurídicas, en el ámbito de la Procuración General" (fs. 2, autos principales).

A fs. 25/28, el actor precisó que pretendía la declaración de nulidad parcial del art. 1° del dec. 922/94 y de la resol. 178/DGRH/94 en cuanto modificó su situación de revista a partir del 1°/7/1994 y no, como hubiera correspondido, a partir del 1°/4/1992.

2. Corrido el traslado de la demanda, el GCBA solicitó su rechazo (fs. 76/83, autos principales). Negó que hubiera existido error alguno en el encasillamiento inicial, y que la actora haya estado mal encuadrada en el período comprendido entre el 1°/4/1992 y el 1°/7/1994. Argumentó que el dec. 922/GCBA/94 es un acto que "…emana de la razonable discrecionalidad del Ejecutivo de la entonces Municipalidad…" motivado en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, que no reconoció ningún error anterior, sino que adjudicó un puntaje complementario al personal de la Procuración General alcanzado, con el fin de mejorar la situación escalafonaria y salarial de sus destinatarios a partir de una fecha determinada. En virtud de ello, expresó que no resultan aplicables al caso la teoría del enriquecimiento sin causa, ni el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea. Se opuso a la prueba pericial contable y formuló reserva de caso constitucional y cuestión federal.

3. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda en los siguientes términos: "…declarando el derecho del actor a percibir las diferencias salariales reclamadas en el período comprendido entre el 1°/4/1992 y el 30/6/1994, con más los intereses que deberán liquidarse conforme la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina (…). Con costas (art. 62, CCAyT)…" (fs. 351/353 vta., autos principales).

4. Frente a lo decidido, se alzó el GCBA (fs. 356/356 vta. y fs. 368/374 vta., autos principales). A su turno, la Sala II de la Cámara CAyT, previo traslado de los agravios planteados por el GCBA (los que fueron contestados por la actora a fs. 376/382, autos principales), resolvió: "…*I.* Revocar la sentencia de grado. *II.* Hacer lugar al recurso incoado por el GCBA. *III.* Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 62, CCAyT)…" (fs. 384/386 vta., autos principales).

Para así decidir, señaló —en resumidas cuentas— que el dec. 922/GCBA/94 en momento alguno hizo las veces de enmienda de su antecesor (dec. 670/GCBA/92), sino que, simplemente, por razones de equidad —actividad propia del Ejecutivo—

se había ampliado, otorgando un puntaje complementario a la norma citada a partir del 1º/7/1994 al conceder al personal municipal una recomposición retributiva.

5. Contra esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 390/398, autos principales), que fue contestado por el GCBA (fs. 403/412 vta., autos principales).

Los argumentos centrales del escrito recursivo se dirigieron principalmente a señalar: *1)* la falta de consideración de fundamentos decisivos de la demanda y de las pruebas consiguientes que ilustran sobre un claro reconocimiento de la deuda por parte de la demandada, tanto en los actos administrativos producidos como en actuaciones paralelas llevadas a cabo entre las partes; *2)* la existencia de gravedad institucional, en cuanto las anomalías de la sentencia atacada comprometen el ejercicio de la actividad jurisdiccional, además de la importancia trascendente de la justa retribución de funcionarios del Gobierno de la Ciudad; *3)* la omisión de ponderar la secuela de actuaciones entre los agentes, la Ciudad Autónoma y organismos gremiales y, aún los propios actos administrativos de la demandada, que llevaban a la conclusión de que había mediado un reconocimiento de la deuda por parte de la demandada; *4)* que el dec. 922/94 y la disposición 178-DGRH-94 tuvieron por objeto "regularizar" la situación de revista de los agentes con la mayor celeridad; por lo que no cabía ninguna duda sobre la retroactividad de las disposiciones correctoras hasta la fecha indicada en el dec. 670/92; *5)* que la interpretación del dec. 922/94 más compatible con el resto de las normas del dec. 670/92 es la que considera que los efectos se producen a partir del encasillamiento anterior, ya que no se podía ingresar dos veces al régimen del SIMUPA; y *6)* que la Administración con su proceder se puso en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior jurídicamente deliberada y plenamente eficaz. Los agravios giraron, también, en torno de la arbitrariedad de la sentencia recurrida y de la vulneración de derechos constitucionales (defensa en juicio, debido proceso, igual remuneración por igual tarea y propiedad).

6. Contestado el traslado del recurso de inconstitucionalidad por parte de la demandada (fs. 403/412 vta., autos principales), fue declarado inadmisible mediante la resolución de la Cámara obrante a fs. 414/416 de los autos principales, lo que dio lugar a la interposición del recurso de queja que luce a fs. 1/11 vta. de este incidente.

7. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja, en tanto la parte actora no logró exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de su disconformidad con la sentencia (fs. 18/20).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja debe ser rechazada. La parte recurrente no ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113, inc. 3º) en la presente causa.

2. La cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta recientemente en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17 de junio de 2009; "García, Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. n° 6500/09, sentencia del 28/10/2009; expte. n° 6737/09 "De Paoli, Silvia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'De Paoli, Silvia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6737/09, sentencia de fecha 10/3/2010 y "Kubrusli, Ricardo Manuel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kubrusli, Ricardo Manuel c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. n° 6730/09, sentencia de fecha 12/5/2010).

La sentencia que se viene recurriendo, al igual que en las causas citadas, encontró apoyo en la interpretación de normas locales no constitucionales (conf. fs. 385/386), como lo son los decs. 670/92 y 922/94; cuestión ajena, por regla, a la competencia de este Tribunal, sin que el recurrente haya logrado demostrar en el *sub lite* que corresponda hacer excepción a esa regla.

Tal como señaló el *a quo*, "…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, bastando que valoren las que sean 'conducentes' para la correcta composición del litigio" (fs. 385). En ese contexto, el quejoso no muestra que la prueba que afirma la Cámara omitió tratar (resoluciones, notas y proyectos de ley realizados por los Procuradores Generales de la ex Municipalidad durante los años 1994, 1995 y 1996 y negociaciones llevadas a cabo por los representantes de la Unión de Obreros y Empleados Municipales) sea una que, a la luz de la regla reseñada más arriba, los jueces hayan tenido que analizar; o, en otros términos, una que tenga aptitud suficiente para modificar la decisión a la que arribó el *a quo*.

Por las razones expuestas, y por lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 1/11 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009.

En este caso, al igual que en dicho precedente, bajo el agravio de arbitrariedad lo que intenta obtener el recurrente no es algo distinto a que el Tribunal revise la interpretación de los decs. 670/GCBA/92 y 922/GCBA/94 —derecho infraconstitu-

cional— y valore las constancias probatorias de la causa para establecer si el actor ha sido o no mal encasillado en el SIMUPA, cuestiones todas ellas que resultan, en principio, ajenas al remedio intentado (art. 27, LPT).

Más allá del acierto o error de la decisión recurrida, la interpretación dada por la Cámara al alcance de los citados decretos aparece adecuadamente razonada y fundada en el plexo jurídico que estimó necesario analizar y cuya aplicación fuera invocada por la propia parte actora.

2. Por otra parte, las críticas dirigidas a la presunta falta de consideración de distintas actuaciones administrativas en las cuales, según el recurrente, el GCBA habría reconocido la deuda reclamada, no logran demostrar la arbitrariedad de la sentencia atacada. Tal como lo he sostenido en la causa "Vidal, María del Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vidal, María del Carmen c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6671/09, sentencia del 28/12/2009, "aun situándonos en la hipótesis de que el dec. 922/94 fuese el resultado de un conflicto gremial iniciado a raíz del dictado del dec. 670/92, ello no implica que la única forma de resolver dicho conflicto sea el 'reencasillamiento' del personal, como lo entendió la actora, pues fue otra la solución adoptada por la administración, de acuerdo a lo que surge del art. 1º del dec. 922/94 [...] Tampoco considero que las notas emitidas por el Procurador General a la Secretaría de Hacienda configuren una manifestación de la voluntad de la administración. La Procuración es un órgano consultivo, y sus dictámenes son actos preparatorios, de asesoramiento jurídico, que no son vinculantes respecto de la autoridad competente de la administración activa que resuelve […] En el contexto del conflicto gremial descripto por el accionante, una vez dictado del dec. 922/94, el entonces Procurador emitió las notas 6192-PG-95 y 2424-PG-96 a la Secretaría de Hacienda. Vale decir que estas notas ni siquiera fueron dictámenes sino meros actos interorgánicos, sin embargo de su lectura se advierte que sólo pueden interpretarse como una sugerencia, o un asesoramiento […] Pero en modo alguno dichas notas implicaron una declaración de voluntad de la administración en ese sentido. Más aún esto es así cuando simultáneamente, otro órgano de la administración, la Secretaría de Hacienda, se mostró renuente a otorgar la partida solicitada para efectuar el pago".

3. Por estos motivos, y los concordantemente expuestos en el fallo "Gentile" arriba citado —cuyas copias deberán agregarse a estas actuaciones por Secretaría—, voto por rechazar el recurso de queja.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución del tribunal superior de la causa que desestimó el recurso de inconstitucionalidad; éste —a su turno— plantea varias cuestiones de contornos constitucionales. En lo medular, los agravios critican la construcción sesgada y forzada de la sentencia definitiva que la tornan arbitraria.

2. El tema a considerar coincide con el que fuera resuelto en la causa "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009 y "García, Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. n° 6500/09, sentencia del 28/10/2009, entre otros. Las razones que expresara en los precedentes citados son suficientes y adecuados al caso en análisis.

En consecuencia entiendo que asiste derecho al accionante y que su pretensión ha de tener acogida favorable.

Por lo expuesto, es procedente la queja, y debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia recurrida, con costas a la demandada. Así voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Carlos A. Pittorino Cáceres.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 17/6/2009, en los autos "Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. n° 6259/08 (como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde).

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

CCVII

"MANTELECTRIC ICISA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTELECTRIC ICISA C/GCBA S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS: Naturaleza. Atribuciones. POTESTAD SANCIONATORIA: Multa. Naturaleza. Jurisdicción administrativa. Aplicación de las garantías del derecho penal. SERVICIOS PÚBLICOS: Poder de policía. Protección de los derechos de usuarios y consumidores.

SUMARIOS:

1. Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resolución del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Sala II, y la quejosa no aporta ninguna razón que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Toda vez que la actora únicamente postula una exégesis diferente de aquellas normas de naturaleza infraconstitucional involucradas en el pleito, las cuestiones propuestas no resultan atendibles en tanto discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. Si bien la actora se agravia respecto de que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que el Directorio del Ente Regulador carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma expresa en el art. 11 de la ley 210 y postula la falta de competencia del Directorio para dictar la resol. 28/EURSP/01 —que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del EURSP— por fundamentos similares, estas manifestaciones sólo expresan la discrepancia de la recurrente con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la Cámara en este punto. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La cuestión referida a la operatividad de la ley 210 no plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, pues el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas contenidas en la ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos, contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Si bien la recurrente discrepa con la decisión de la Sala II en cuanto reconoció válidamente en cabeza del EURSP (órgano descentralizado del GCBA) competencia para ejercer el poder de policía en materia de servicios públicos de manera complementaria a la actividad desplegada por la administración central local y, en particular, para efectuar el control de la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa —y aplicar las sanciones allí previstas, una vez verificado un incumplimiento—, no ha logrado desvirtuar el razonamiento desarrollado por los jueces de la causa en punto a que esta particular modalidad de control no ha entrañado en el caso una duplicación de sanciones por el mismo hecho. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Los agravios planteados, por su generalidad, no resultan hábiles para acreditar que la actividad desarrollada por el Ente Regulador, consistente en controlar la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa y aplicar en sede administrativa la sanción prevista en las normas que rigen la relación contractual, pueda comprometer de manera directa la garantía constitucional de juez natural orientada, básicamente, a asegurar que no existan tribunales *ad hoc*, creados especialmente para el caso o según la persona a juzgar (prohibición de comisiones especiales) y que las leyes que crean esos tribunales no sean posteriores a los hechos que éstos deban juzgar (leyes *ex post facto*). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal que contiene el recurso no habilitan la instancia extraordinaria ante este estrado, en tanto no se ha demostrado de manera adecuada que ellas puedan ser trasladadas, sin más, a una situación como la planteada en autos, si se tiene en cuenta que las facultades sancionatorias ejercidas por la Administración en el caso surgen del régimen de especial sujeción al cual queda sometida la empresa recurrente al contratar con el GCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. No corresponde al Tribunal expedirse respecto de los agravios que aluden a la nulidad del procedimiento sancionatorio por la supuesta falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP para sustentar la multa resistida, en tanto tales planteos fueron formulados tardíamente; esto es, recién al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

En sus votos, los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6588/09 "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", sentencia del 10/3/2010, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. El art. 138 de la CCBA, además de crear al Ente Único Regulador de Servicios Públicos con rango constitucional, define su finalidad y objeto con idéntica jerarquía, y le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La ley 210 incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al ente previsto

en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en ese precepto constitucional, de modo que abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del contrato frente a incumplimientos del contratista y, a diferencia de las penas que ostentan carácter general, se trata de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas, entre estas últimas, la de afrontar sanciones frente al incumplimiento comprobado de prestaciones asumidas mediante el contrato. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El constituyente atribuyó al EURSP el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 de la CCBA) y, a su turno, el legislador —en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1º, de la CCBA le confiere—, dictó la ley 210 que incluyó como funciones de ese ente el control de los contratos de concesión, el ejercicio de la jurisdicción administrativa, la regulación del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones por violaciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios y, finalmente, identificó al Directorio del ente como su autoridad de aplicación*. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Aunque asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las potestades jurisdiccionales no se agotan en la resolución de controversias pues, también incluirían la imposición de sanciones de carácter retributivo, lo cierto es que la actora no brinda argumento alguno para rebatir la interpretación asignada al art. 22 de la ley 210 como fuente de la atribución para aplicar sanciones orientadas a resguardar el cumplimiento del contrato, frente a situaciones en las que las anomalías comprometen la seguridad en la prestación de un servicio público, lo que coloca al concesionario en una posición que lo distingue de la población general y le reporta obligaciones y beneficios diferenciados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Una vez conferida al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada, y por tanto, no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal, porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario, a la vez que en ese marco la sanción no reviste carácter retributivo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El pliego del contrato de concesión prevé que la dirección y el control de la ejecución del contrato está a cargo de la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA, y la inspección a que aluden estas bases de contratación está a cargo de agentes que revistan en la Dirección General de Servicios Públicos, la que se ejerce *per se* o a través de las delegaciones que se establezcan de conformidad con la descentralización administrativa y operativa de la Ciudad, incorporada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de modo que frente a ello, el EURSP instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo (art. 138 de la CCBA) no parece *a priori* como un sujeto ajeno a las previsiones contempladas en el propio pliego. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Dado que las multas contractuales impuestas por el EURSP son parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato, cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía referida a la superposición de competencias, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Al margen de la conveniencia o idoneidad del régimen adoptado por el art. 138 de la CCBA, reglamentado por la ley 210, al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles, desde que sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), cuando la segunda sanción viniera instada por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El recurso de la parte actora versa sobre la interpretación de los hechos de la causa, la prueba producida, y las normas infraconstitucionales aplicables al caso, cuestiones son ajenas, por vía de principio, a la competencia extraordinaria del TSJBA mediante esta vía impugnatoria extraordinaria intentada por el accionante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. A partir de la entrada en vigencia de la ley 210 (norma posterior y superior a los pliegos de bases y condiciones que rigieron la contratación) resulta incuestionable la competencia del EURSP para controlar el servicio público prestado por la contratista (conf. art. 2º, inc. b) ley local 210), y para aplicar las correspondientes sanciones ante sus incumplimientos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 7075/10 - 25/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mantelectric ICISA (en adelante, "Mantelectric") dedujo recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad contra la resol. 37/EURSPCABA/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el "Ente") que le aplicó una multa por el incumplimiento en los plazos máximos de reposición en la Av. Crámer intersección José A. de Mcal. Sucre, debido a la falta de funcionamiento del semáforo vehicular de la luz roja, conforme arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210 (fs. 41/42).

La accionante relató que resultó adjudicataria de la Licitación Plan SL 2/2002 para el mantenimiento y obras de señalización luminosa y que había venido efec-

tuando los trabajos correspondientes, bajo fiscalización del Poder Ejecutivo de la CABA (fs. 26 vta.). Y afirmó:

i) que el art. 11 de la ley 210 no asigna en forma expresa facultades sancionatorias al Directorio del Ente (fs. 28);

ii) que el procedimiento de solución de controversias y sanciones establecido en la resol. 28/GCABA/EURSP/01 no le es aplicable porque fue dictado sin que una norma previa autorizara al Directorio del Ente a disponer un procedimiento de esas características (fs. 28);

iii) que únicamente el Gobierno de la Ciudad podría imponerle sanciones;

iv) que en virtud de lo dispuesto en la cláusula transitoria quinta de la ley 210 "(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA" (fs. 29 vta.);

v) que la ley 210 "otorgó competencia jurisdiccional a un organismo administrativo en abierta contraposición con la garantía del juez natural prevista en el art. 18 de nuestra C.N., el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12 inc. 5º y 6º y art. 13 inc. 3º y concordantes de la Constitución de la Ciudad" (fs. 28 vta.);

vi) que las reposiciones y/o reparaciones mencionadas en la resol. 37/EURSP/CABA/07 fueron realizadas dentro de los plazos contractuales establecidos al efecto (fs. 31 vta.);

vii) que la documentación aportada por la empresa tiene tanta fuerza probatoria como las actas de fiscalización emitidas por el Ente (fs. 32); y

viii) que la sanción impuesta resulta arbitraria, desproporcionada y excesiva (fs. 33).

2. La Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad resolvió (fs. 25 vta.) "[r]echazar la demanda y, en consecuencia, confirmar la sanción impuesta a la empresa Mantelectric ICISA, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT)...". El juez Russo y la jueza Daniele adhirieron al voto del juez Centanaro.

a) En primer lugar, el vocal Centanaro trató el agravio vinculado con la supuesta incompetencia del Ente por falta de facultades sancionatorias.

Citó las siguientes normas:

i) el art. 138 de la CCBA, que establece que el Ente, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal que ejerce "el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto" (fs. 19 vta.);

ii) el art. 2º inc. b) de la ley 210, en el que se incluye al alumbrado público y señalamiento luminoso como uno de los servicios públicos alcanzados por sus disposiciones (la ley 210 reglamentó los arts. 138 y 139 de la CCBA referidos al Ente); y

iii) los incs. b), e) y l) —entre otros— del art. 3º de la ley 210, en los que se enumeran ciertas funciones del Ente: "[c]ontrolar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios" (inc. b); "[c]ontrolar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones" (inc. e); "[r]eglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (inc. l).

El camarista concluyó (fs. 19 vta.) que "[c]omo se podrá advertir de la normativa transcripta precedentemente, el Ente posee amplias facultades de control respecto del servicio —en todos sus aspectos— que brinda la empresa actora".

Por otra parte, el magistrado dijo:

i) que si bien la facultad de imponer sanciones no está expresamente enumerada entre las atribuciones del Directorio del Ente detalladas en el art. 11 de la ley 210, el inc. i) de dicho artículo sí prevé entre las funciones del Directorio, la de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley" (fs. 20);

ii) que (fs. 20) "[e]s evidente que al mencionarse dentro de las funciones y objetivos del Ente las facultades de control mencionadas respecto de los contratos de concesión, la aplicación de sanciones por sus violaciones y la facultad de reglamentar el procedimiento para ello, el Directorio del Ente contaba con competencia para dictar el acto recurrido por la actora";

iii) que (fs. 20) "[u]na interpretación contraria tendría como efecto vaciar de contenido la extensa enumeración de funciones y objetivos que realiza la norma en sus arts. 2º y 3º"; y

iv) que (fs. 20) "[c]orresponde interpretar que la resol. 28/EURSP/01 que regula el procedimiento de controversias y sanciones del Ente, ha sido dictada dentro del ámbito de su competencia ya que es una facultad mencionada expresamente por la ley 210 en su art. 3º, inc. l) y tiene una relación directa con las funciones asignadas al Directorio del Ente en el art. 11, inc. i), que tiene carácter residual y amplio a fin de que el Directorio pueda cumplir todos los objetivos y funciones de que *(sic)* establece la propia ley".

Por lo demás, tampoco se admitió el planteo relacionado con la alegada superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad. Ello, por estar

presentado como una manifestación meramente genérica, por tratarse el Ente de una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal instituida en el ámbito del Poder Ejecutivo, y por no haberse alegado una doble sanción por el mismo hecho.

b) Por otro lado, el juez Centanaro desestimó el agravio vinculado con la inconstitucionalidad de la facultad jurisdiccional del Ente alegada por Mantelectric. Explicó (fs. 20 vta.) que "(...) la sanción no le fue impuesta a la actora por el ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, no se trató de un supuesto de solución de controversia regido por el art. 20 de la ley 210, sino de la aplicación de una sanción por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones, prevista en los arts. 22 y ss. de la ley".

c) Asimismo, el vocal preopinante consideró improcedentes las manifestaciones de la actora en relación con la cláusula transitoria quinta de la ley 210. Expresó:

i) que (fs. 21 vta.) "ahora bien, sobre el punto en autos 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.', RDC 1565/0 sentencia del 20/8/2008, RDC 1566/0 sentencia del 28/8/2008, RDC 1581/0 del sentencia del 28/8/2008, RDC 1582/0 sentencia del 25/9/2008, expte. RDC 1791/0 sentencia del 3/3/2009 esta Sala ha expresado que la cláusula transitoria quinta no condiciona la validez de la norma a lo allí estipulado. Así, se entendió que no puede pretenderse que la aplicación de la ley 210 quede supeditada en su vigencia al envío de la compilación de las normas referidas a los servicios públicos a fin de establecer su régimen jurídico para la aplicación por parte del Ente";

ii) que (fs. 21 vta.) "se trata de una cláusula que tiende facilitar la actuación del Ente, no obstaculizarla, por lo tanto en ningún supuesto podría interpretarse que las facultades sancionatorias quedaran supeditadas a esa cláusula cuando ello no surge expresamente de su letra"; y

iii) que (fs. 21 vta.) "ante la ausencia de previsión expresa en contrario respecto de su vigencia, corresponde concluir que se rige por las normas generales (8 días a partir de su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Civil).

d) El camarista también rechazó el pedido de nulidad del acto atacado. Meritúo las actuaciones administrativas, la documentación acompañada por Mantelectric, las declaraciones testimoniales y la prueba pericial. Destacó que "las actas, inspecciones y las comprobaciones técnicas que se practiquen constituirán prueba suficiente de los hechos a constatar" (conf. art. 22, resol. 28/GCBA/EURSP/01)" (fs. 23). Entendió que los documentos agregados por la accionante eran meras planillas internas de partes diarios y de mantenimiento correctivo, que si bien podrían generar un indicio no lograban desvirtuar lo que surgía de las actuaciones administrativas.

e) Por último, el sentenciante se ocupó de los señalamientos de la impugnante en punto al monto de la sanción. Evaluó las pautas para la aplicación de multas previstas en la ley 210, así como los informes técnicos previos emitidos por el Ente. Precisó (fs. 25) que "la resolución atacada aparece fundada en este aspecto (teniendo en cuenta los informes técnicos previos) y no ha logrado la actora demostrar la irrazonabilidad de la sanción, la que se presenta como adecuada teniendo en consideración la gravedad del hecho imputado". Y resaltó (fs. 25) que "(...) se trata de la falta de funcionamiento de la luz roja de un semáforo vehicular en la calle Av. Crámer intersección José A. de Mcal. Sucre, que justamente por el mismo riesgo que ello implica tiene un plazo de reparación correctivo breve (3 hs conf. art. 4.5.1.2 del Pliego de Bases y Condiciones; véase fs. 121)".

4. Contra la decisión de la Sala II, la empresa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/16 vta.).

En primer término, la firma se agravió de que el *a quo* considerara que el Ente posee facultades sancionatorias. Sostuvo:

i) que la interpretación de los magistrados del art. 11 de la ley 210 resulta contraria al principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo;

ii) que su planteo de superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad fue rechazado en forma dogmática;

iii) que "se encuentra probado que el GCBA efectúa el control y seguimiento del servicio conforme lo establecido por el Pliego, a través de la Dirección General de Alumbrado Público y Servicios Eléctricos—Subsecretaría de Mantenimiento Urbano— del Ministerio de Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 12 vta.);

iv) que el Gobierno de la Ciudad no observó fechas de reparaciones fuera del tiempo contractual; y

v) que (fs. 13) "(...) no existe un acto expreso previo habilitante que le permita al Ente intervenir en el procedimiento de imposición de sanciones, en la medida que el Pliego de Condiciones, aprobado por el GCBA, establece que ello le corresponde al Ejecutivo de la Ciudad".

Asimismo, la recurrente insistió en que la cláusula transitoria quinta de la ley 210 condiciona la validez del art. 22 de dicha norma y reiteró (fs. 14 vta.) que "(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA". La cláusula transitoria en cuestión prevé que el Poder Ejecutivo deberá enviar a la Legislatura una compilación de las normas aplicables a los servicios públicos a fin de fijar el régimen jurídico que aplicará el Ente. El art. 22 de la ley 210 determina las pautas a las que debe adecuarse el Ente al aplicar las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios públicos.

Por otra parte, la actora dijo (fs. 13 vta.) que "[e]n lo que refiere al ejercicio de competencias jurisdiccionales, la sentencia, en definitiva, reconoce al Ente la

facultad de *legislar,* en cuanto legisla sobre las sanciones, *de ser parte* pues es el llamado a controlar *y juez* en la medida que dirime el conflicto" (destacados en el original).

Finalmente, la contratista señaló (fs. 15 vta.) que "(...) la resolución dictada viola el debido proceso al considerar prueba suficiente las Actas de Fiscalización efectuadas, en forma unilateral y sin previo traslado a mi parte, en detrimento de la prueba documental oportunamente acompañada, cuya virtualidad probatoria, como mínimo, resulta idéntica a la aportada por el Ente, atento tratarse de documentación interna de la empresa" (destacado en el original).

5. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad de la accionante (fs. 1 y vta.), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 44/53 vta.).

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 60/62, propiciando el rechazo del recurso directo.

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. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 7/16 vta., los magistrados resaltaron que la actora se limitó a mostrar su desacuerdo con la interpretación de normas infraconstitucionales adoptada en el caso. Explicaron que los temas principales del pronunciamiento atacado versaron sobre el hecho denunciado, su prueba, y la interpretación y aplicación de la ley 210. Y recordaron (fs. 1 y vta.) que "[l]a circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, infraconstitucional, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional".

3. Mantelectric señaló:

i) que en la resolución denegatoria "(...) no ha existido un mínimo tratamiento de los agravios vertidos respecto de la *existencia de caso constitucional* atento *1.* haberse instruido un *sumario, sin ley previa autorizante*; *2.* Encontrarse *cuestionadas las facultades sancionatorias del Ente* Único de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, a la luz de lo expresamente normado por el art. 11 de la ley 210 y por su cláusula transitoria quinta" (el destacado aparece en el original, fs. 45); y

ii) que el auto denegatorio omitió referirse a los planteos vinculados con los arts. 138 y 139 de la CCBA y con la sustitución de facultades del Poder Ejecutivo (arts. 102, 104 inc. 13 y 23 y 105 inc. 2º de la CCBA).

En lo que resta de su presentación, la empresa reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio del proceso.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resol. 37/EURSP/CABA/07 y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Sala II. Y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria de fs. 1 y vta., centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio sellan la suerte adversa del recurso directo intentado.

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 44/53 vta.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión traída a conocimiento de este TSJBA es sustancialmente similar a la resuelta anteriormente en la causa "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 6588, sentencia del 10/3/2010; entre muchas otras.

Por los motivos expuestos en dicho precedente, cuya copia deberá ser agregada por Secretaría, voto por rechazar la queja interpuesta por la actora, y dar por perdido el depósito de fs. 43.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propician mis colegas las doctoras Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA, puesto que, como se verá a continuación, los planteos formulados no logran configurar un caso constitucional que habilite esta instancia recursiva, en tanto remiten exclusivamente a la consideración de la valoración efectuada por los jueces de la causa respecto del alcance de distintos preceptos contenidos en la ley 210 y de cuestiones de hecho y prueba que surgen del expediente.

2. La impugnante esgrime diversos planteos con el objeto de sostener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de la Sala II que, en lo que aquí interesa, rechazó la acción deducida para impugnar la validez de la resol. 37/EURSP/07 y, en consecuencia, confirmó la multa impuesta a la empresa recurrente por el incumplimiento en los plazos máximos de reparación de la anomalía detectada en la Av. Crámer intersección José A. de Mcal. Sucre —falta de funcionamiento de la luz roja del semáforo vehicular.

3. Un primer grupo de agravios intenta cuestionar la decisión aludida en cuanto afirmó la competencia del EURSP para imponer la sanción objetada. En este punto, Mantelectric ICISA esgrime que el Directorio del EURSP carecería de facultades sancionatorias a la luz de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 210 —que enumera sus funciones— y en la cláusula transitoria quinta de ese cuerpo legal que, a su criterio, supeditaría su operatividad. En este mismo sentido, aduce que el reconocimiento de competencia en cabeza del EURSP para aplicar las sanciones establecidas en la documentación contractual sustituye facultades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad y genera una situación de superposición de competencias. Al respecto, alega la vulneración de los arts. 102; 104, incs. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA.

3.1. Si bien en la sentencia de fecha 6/8/2009 la Sala II Cámara CAyT recordó los preceptos contenidos en el art. 138 de la CCBA, lo cierto es que el tribunal *a quo* dio respuesta a los cuestionamientos realizados por la accionante mediante la interpretación de las distintas previsiones contenidas en los arts. 2º, 3º y 11 de la ley 210 y es sobre esas cuestiones que la recurrente ahora procura la atención de este estrado.

Así las cosas, toda vez que la actora únicamente postula una exégesis diferente de aquellas normas de naturaleza infraconstitucional involucradas en el pleito, entiendo que las cuestiones propuestas no resultan atendibles en tanto discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado.

Por otra parte, si bien la actora se agravia respecto de que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que "el Directorio del Ente carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma expresa en el art. 11 de la ley 210" y asimismo postula la falta de competencia del Directorio para dictar la resol. 28/EURSP/01 —que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del EURSP— por fundamentos similares, lo cierto es que estas manifestaciones sólo expresan la discrepancia de la recurrente con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la Cámara en este punto. Aquí, los jueces de la causa destacaron que el art. 3º de la ley 210 expresamente establece entre las funciones del Ente la de "*reglamentar* el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y *aplicar* las mismas respetando los principios del debido proceso"; también sostuvieron los magistrados que estas competencias del Ente —como tales, improrrogables— debían ser ejercidas por su máximo órgano colegiado interno, teniendo en cuenta que el art. 11, inc. i, de la ley 210 establece dentro de las funciones del Directorio

las de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En este contexto, las genéricas objeciones formuladas no resultan hábiles para poner en crisis el pronunciamiento impugnado.

3.2. Por su parte, la cuestión referida a la operatividad de la ley 210 tampoco plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3 º, de la CCBA. Aquí también el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas contenidas en la aludida ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una "compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos", contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. Por tal motivo, se advierte que la pretensión recursiva esgrimida únicamente propone a este estrado la consideración de una conjugación diferente y por lo demás peculiar de las normas infraconstitucionales involucradas, sin efectuar una conexión concreta con normas de índole constitucional.

3.3. La misma suerte debe correr el agravio relativo a la pretendida superposición de competencias entre el Poder Ejecutivo y el EURSP. Si bien la recurrente discrepa con la decisión de la Sala II en cuanto reconoció válidamente en cabeza del EURSP (órgano descentralizado del GCBA) competencia para ejercer el *poder de policía* en materia de servicios públicos de manera complementaria a la actividad desplegada por la administración central local y, en particular, para efectuar el control de la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA —y aplicar las sanciones allí previstas, una vez verificado un incumplimiento—, no ha logrado desvirtuar el razonamiento desarrollado por los jueces de la causa en punto a que esta particular modalidad de control no ha entrañado en el caso una duplicación de sanciones por el mismo hecho. Así las cosas, los agravios esgrimidos distan de involucrar un caso constitucional, sin que quepa al Poder Judicial valorar el mérito y la conveniencia del mecanismo diseñado por el legislador local para asegurar control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados en la jurisdicción; consideración que también vale frente al genérico planteo orientado a excluir al Ente del aludido control por no haberse previsto ello en la letra del contrato suscripto con el Estado local.

Cabe agregar que la mención de los arts. 102; 104, inc. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA que refieren a deberes y potestades del Poder Ejecutivo local, sin una adecuada fundamentación que los conecte con las cuestiones efectivamente propuestas por la empresa actora en su recurso, tampoco resulta apta para habilitar

la vía intentada. Aquí resulta oportuno recordar que este Tribunal ha dicho en numerosas ocasiones 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" (conf., "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, t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

4. La recurrente plantea también la inconstitucionalidad de la pretendida "facultad jurisdiccional" del Ente ejercida en el caso. En particular, sostiene que la actividad desplegada por el EURSP importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía de juez natural prevista en el art. 18 de la C.N. y lo dispuesto en los arts. 29, 108 y 109, del mismo plexo constitucional y los arts. 10; 12, incs. 5º y 6º, y art. 13, inc. 3º, de la CCBA.

Los planteos formulados en este punto no pueden prosperar, toda vez que la accionante, desde mi óptica, no ha logrado especificar la relación directa de la garantía invocada con lo decidido en el caso. En efecto, los agravios planteados, por su generalidad, no resultan hábiles para acreditar que la actividad desarrollada por el Ente, consistente en controlar la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA y aplicar en sede administrativa la sanción prevista en las normas que rigen la relación contractual —más allá del modo en que se decida clasificar tal actuación o de cualquier disquisición terminológica al respecto—, pueda comprometer de manera directa una garantía constitucional orientada, básicamente, a asegurar que no existan tribunales *ad hoc*, creados especialmente para el caso o según la persona a juzgar (prohibición de *comisiones especiales*) y que las leyes que crean esos tribunales no sean posteriores *a los hechos* que éstos deban juzgar (leyes *ex post facto*).

Por ello, estos agravios también deben ser desestimados.

5. Corresponde asimismo señalar que las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal que contiene el recurso tampoco habilitan la instancia extraordinaria ante este estrado, en tanto no se ha demostrado de manera adecuada que ellas puedan ser trasladadas, sin más, a una situación como la planteada en autos, si se tiene en cuenta que las facultades sancionatorias ejercidas por la Administración en el caso surgen del régimen de especial sujeción al cual queda sometida la empresa recurrente al contratar con el GCBA.

6. Finalmente, en lo que concierne a los agravios que aluden a la nulidad del procedimiento sancionatorio por la supuesta falta de traslado de las actas de

inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP para sustentar la multa resistida, entiendo que no corresponde a este Tribunal expedirse a su respecto en tanto tales planteos fueron formulados tardíamente; esto es, recién al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA y dar por perdido el depósito de fs. 43.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Tal como indica mi colega, la Dra. Ana María Conde, la cuestión aquí controvertida resulta análoga a la resuelta por el Tribunal en la causa "Mantelectric", por ella citada.

2. Dicha similitud no es conmovida por la circunstancia de que, en el caso, el rechazo de la queja en orden a la alegada nulidad del procedimiento sancionatorio, fundada en la falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP como antecedente de la multa resistida, encuentre apoyo en el hecho de que ese planteo fue formulado tardíamente, al ser introducido recién en el recurso de inconstitucionalidad.

En esas condiciones, por las razones que di al votar en ese precedente, a las que me remito, y las indicadas en el párrafo que antecede, corresponde: *i)* admitir parcialmente la queja; *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad; e *iii)* imponer las costas por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida (art. 62 del CCAyT).

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Mantelectric ICISA.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 10/3/2010, en los autos "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" (expte. nº 6588/09) como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

CCVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'NN, NN S/INFR. ART(S). 181 INC. 1°, USURPACIÓN (DESPOJO) —C.P.— (P/L 2303)'" Y EXPTE. Nº 7400/10, "MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'NN, NN S/INFR. ART(S). 181 INC. 1°, USURPACIÓN (DESPOJO) —C.P.— (P/L 2303)'"

DESALOJO: Suspensión del proceso.

SUMARIOS:

1. En atención a los dichos del titular de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4, del incidente de medida cautelar y la decisión adoptada por el juez de grado, que dispuso supeditar la realización del desalojo del inmueble al resultado de la audiencia fijada en la causa, es en sentido contrario a la concesión de la suspensión del proceso requerida, toda vez que esa resolución daría cuenta de que no sería inminente la concreción de la medida que agravia a la defensora oficial y a la asesora general tutelar, corresponde denegar la solicitud de suspensión del proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Toda vez que la decisión del juez de la causa implica la suspensión del procedimiento de desalojo que había dispuesto con anterioridad, no se demuestra en el caso la existencia de peligro inminente de que se genere un perjuicio irreparable pues a partir de la información obrante en el expediente principal, es posible afirmar que en la actualidad no subsisten las circunstancias en las que se motivara el requerimiento del señor defensor general para que se disponga la suspensión del desalojo impugnado, circunstancia que basta para denegar la solicitud de suspensión del proceso efectuada. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. El lanzamiento de los actores se encuentra, por el momento, suspendido, pero dado que dicha suspensión encuentra sustento en las audiencias que se están llevando a cabo ante el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, corresponde diferir la resolución del planteo de autos para el momento en que tales audiencias hayan concluido. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Carlos F. Balbín).*

Expte. SAPCyF n° 7386/10 - 25/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 30/10/2009 la Unidad Fiscal en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 inició una investigación penal preparatoria a fin de determinar la existencia de los hechos denunciados —ese mismo día, ante la Policía Federal (fs. 1/3)— por el responsable de seguridad del Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En la denuncia en cuestión se había indicado que "un grupo de entre cien y ciento cincuenta personas no identificadas, entre ellas mujeres y niños, procedió a ingresar mediante violencia rompiendo los alambrados del cerco perimetral de la calle Bonorino y las puertas de los departamentos que se encuentran en el Complejo de viviendas sito en la Villa 1-11-14, entre las calles Bonorino, Ana María Janner, Charrúa y calle sin nombre, manzana 2M de esta Ciudad, propiedad del Instituto de la Vivienda" (fs. 4). La Fiscalía consideró que los hechos presuntamente ocurridos constituirían el delito de usurpación, art. 181, inc. 1°, C.P., y, atento a las particularidades del caso, requirió la realización de un allanamiento a fin de poder desalojar el lugar (fs. 4). El magistrado interviniente, ese mismo día 30/10/2009, resolvió no hacer lugar a la petición atento a que no se había cumplido con el protocolo de actuación establecido en la resolución de la FG 121/08 (fs. 5).

2. La Fiscalía, frente a la decisión mencionada en el punto 1, interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio (fs. 6/8). El juez de primera instancia rechazó la reposición y ordenó remitir las actuaciones a la Cámara en atención al recurso de apelación intentado en subsidio (fs. 9). El 21/12/2009 la Sala III de la Cámara de Apelaciones declaró inadmisible la apelación interpuesta (fs. 10/11).

3. Los titulares de la Unidad Fiscal interviniente reiteraron la solicitud de allanamiento y restitución provisoria del inmueble. Luego de contestado el traslado conferido a la defensa oficial (fs. 13/16), el día 13/1/2010, el titular del Juzgado en lo PCyF Nº 17 resolvió hacer lugar al allanamiento solicitado y, en esa misma decisión, señaló que "se deberá arbitrar las medidas necesarias para que se dé un estricto cumplimiento a las siguientes garantías: *1)* Mantener una comunicación permanente con el fiscal y juez ante situaciones de gravedad que no admitan demora; *2)* El personal interviniente deberá estar uniformado y con móviles identificados, en su caso, con la identificación respectiva visible; *3)* El eventual uso de munición de goma o gas lacrimógeno deberá ser con la distancia suficiente para minimizar los riesgos a la integridad física; *4)* El uso de munición letal será sólo utilizado en último recurso; *5)* La munición de plomo estará segregada de la posta de goma; *6)* Se respetarán los derechos humanos por parte del personal policial; *7)* Si se usare filmación o fotos se remitirán a esta sede sin editar; y *8)* Se deberá procurar especial protección a los grupos vulnerables como niños, mujeres, ancianos o enfermos". Asimismo, el magistrado ordenó diferir el libramiento de la orden de allanamiento hasta que transcurran los términos para recurrirla o, en su caso, hasta que haya sido confirmada por el tribunal de alzada (fs. 17/19).

4. El 20/1/2010 la Defensoría Oficial Nº 1 interpuso recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente (fs. 22/25). Al desarrollar sus motivos de agravio indicó que la resolución resultaba prematura e infundada porque no se habían configurado los presupuestos que habilitarían la medida de coerción autorizada.

El 31/3/2010, la Sala III rechazó la apelación intentada (fs. 26/32). Al momento de fundar su resolución, los camaristas expresaron que el allanamiento ordenado resultaba válido en tanto se encontraba acreditada la verosimilitud del hecho denunciado y del derecho del titular del inmueble.

5. El 23/4/2010 la defensa oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala III del 31/3/2010 (fs. 34/47). En su escrito, la recurrente indicó que la resolución cuestionada, por el tipo de agravio que genera, resulta equiparable a una sentencia definitiva. En cuanto a los motivos de agravio que le provoca, denunció que la decisión atacada "importa el perjuicio de desatender las normas constitucionales del *derecho a la vivienda* (…), [y fue] adoptada en franca violación al derecho de *defensa en juicio* —en cuanto los/as supuestos ocupantes no fueron oídos en el presente proceso—; al *debido proceso* —dado que no se ha efectuado en autos los actos procesales tendientes a individualizar e investigar la responsabilidad penal de los eventuales imputados, tales como la audiencia del art. 161, el requerimiento de juicio, etc.; el principio de *legalidad* —en la medida que no se ha respetado los alcances de la verosimilitud del derecho, previstos por la norma procesal—; y al *principio de inocencia* —en la medida que recae sobre los/as supuestos ocupantes el perjuicio de una decisión que afecta todos sus derechos individuales desde que se pretende despojarlos de su hogar, en el marco de una investigación penal por usurpación, sin haberse constatado siquiera la adecuación típica de la conducta reprochada, y menos aún la determinación concreta de qué conducta se achaca, a quién y de qué modo la llevó a cabo (…) También cabe destacar que la principal afectación se da en el marco del derecho que resguarda el domicilio, en cuanto lo reputa como inviolable y dispone que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá accederse a su allanamiento y ocupación…" (fs. 38/vta.).

6. La Sala III, el 10/6/2010, declaró inadmisible el recurso intentado porque no atacaba una sentencia definitiva ni un auto equiparable a tal y porque, además, no lograba demostrar agravios constitucionales reales (fs. 49/51).

7. La Defensoría General interpuso, el 18/6/2010, recurso de queja contra el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 52/61). En su presentación directa, el señor defensor general solicitó al Tribunal "[a]tento a las circunstancias del caso, y la gravedad y derivaciones que supondrán la ejecución anticipada de la medida cautelar sin su legitimación por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, (...) que se disponga la suspensión del desalojo impugnado a tenor de lo que autoriza el art. 33, quinto párrafo, de la ley 402" (fs. 60).

8. La señora jueza de trámite, el mismo 18/6/2010, puso a consideración del Tribunal la petición mencionada en el punto anterior. Asimismo, en razón de la vacante existente en el Tribunal, de las licencias de los doctores Luis F. Lozano y José O. Casás, y de la intervención previa en este proceso del Sr. Presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, ordenó integrar el Tribunal con el Sr. Presidente de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 63).

9. El 25/6/2010 la Asesoría General Tutelar interpuso el recurso de queja que dio origen al expte. nº 7400/10. El recurso directo mencionado ataca el mismo auto denegatorio que aquel que cuestionó la Defensoría General en la queja agregada a fs. 52/61. En su presentación, la Asesoría General Tutelar también solicita que se resuelva la "urgente suspensión del curso del proceso incidental generado por la petición de desalojo" (fs. 133 vta./134 vta.). El fundamento principal de la recurrente al requerir el efecto suspensivo de la queja es que "los endebles argumentos brindados por la Cámara de Apelaciones en su auto de fecha 10 de junio de 2010, refutados suficientemente en el punto III del presente, conspiran por sí solos contra la legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad" (fs. 133 vta.). Asimismo, se refiere a que la cantidad de personas que podrían ser afectadas en el desalojo ordenado, sumado al "cuadro situacional conformado por el inválido auto de la Cámara de Apelaciones de fecha 10 de junio de 2010" configura un supuesto de gravedad institucional (fs. 134).

10. La señora jueza de trámite, el 25/6/2010, ordenó acumular el expte. nº 7400/10 (iniciado por la Asesoría General Tutelar) al legajo nº 7386/10 (iniciado a instancia del Ministerio Público de la Defensa). Asimismo, ordenó estar a la integración del Tribunal mencionada en el punto 8 de estas resultas y pasar los autos al Acuerdo a fin de resolver, además, el pedido de efecto suspensivo formulado por el Ministerio Público Tutelar.

11. Una vez que las actuaciones se encontraban en estado de ser resueltas (fs. 137, punto IV y 63, punto II), el Tribunal requirió la remisión de los autos principales y de las actuaciones vinculadas con las quejas acumuladas, incidentes, causas conexas, anexos y/o actuaciones administrativas relacionadas con la causa principal; y dejó sin efecto el llamado de autos al Acuerdo (fs. 142). Recibidas las actuaciones solicitadas, la solicitud de efecto suspensivo quedó en estado de ser resuelta (fs. 148).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Del "Incidente de medida cautelar en NN, NN s/infr. art(s). 181 inc. 1º, usurpación (despojo)", recibido en el Tribunal, surge que con fecha 23/6/2010 el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Roberto Gallardo envió un oficio urgente a la señora jueza a cargo en ese momento de la causa para

informarle que en los autos caratulados "Desposorio Mantilla (complejo Bonorino) Villa 1-11-14 c/GCBA sobre otros procesos incidentales", expte. n° 31.699/36, se había arribado a un acuerdo entre las partes en la audiencia llevada a cabo ese mismo día, en la que participaron representantes de la Procuración General de la CABA, del Ministerio de Desarrollo Social de la CABA, del Instituto de la Vivienda de la CABA, de la Corporación Buenos Aires Sur S.E., del Ministerio Público Tutelar a través de la Asesoría Tutelar de 1ª Instancia N° 1 del fuero y la parte actora con patrocinio letrado. Según informó, las partes acordaron la práctica de un relevamiento poblacional integral a llevar a cabo, en el término de 15 días hábiles, por el Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la CABA, del Instituto de la Vivienda de la CABA y de la Asesoría Tutelar N° 1 de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad; y se estableció que entregado el relevamiento el tribunal fijaría nueva fecha de audiencia para continuar con el trámite de las actuaciones (fs. 26 del incidente de medida cautelar).

Con fecha 25 de junio de 2010, el fiscal interviniente expresó que sin perjuicio de que estarían en condiciones de llevar a cabo la medida solicitada, no se podía dejar de considerar la información aportada por el juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad y, en atención que en el marco del expediente bajo su competencia se estaría llevando a cabo un relevamiento poblacional y un proceso de audiencias de tipo conciliatorias para intentar darle una solución definitiva a este conflicto, entendía que correspondía aguardar al desarrollo de dicho proceso previo a proceder al desalojo forzoso (fs. 28, último párrafo, del incidente de medida cautelar).

Finalmente, el 30 de junio de 2010 el juez interviniente, en atención a lo manifestado por el fiscal, dispuso que "...en virtud del sistema acusatorio que nos rige y toda vez que lo informado en el oficio del titular de dicho juzgado guarda directa relación con el allanamiento dispuesto en el presente expediente, estése a la comunicación del resultado de la audiencia fijada en esos autos" (fs. 30 del incidente de medida cautelar).

2. De acuerdo a lo informado en el punto anterior, el lanzamiento que los recurrentes pretendían evitar ha quedado suspendido, razón por la cual corresponde diferir la consideración de las cuestiones planteadas en autos. A tal fin, requiérase al magistrado en lo Penal y Contravencional interviniente que informe al Tribunal en oportunidad de adoptar cualquier medida relacionada con el lanzamiento que oportunamente dispusiera.

El juez Carlos F. Balbín dijo:

1. Surge de las constancias de la causa (fs. 26 del incidente de medida cautelar) que, en el expte. nº 31.699/36 de trámite ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad, las partes llegaron a un acuerdo consistente en la realización de un relevamiento poblacional integral —en el término de quince (15) días hábiles— a cargo del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA, del IVC y de la Asesoría Tutelar Nº 1 ante la Primera Instancia del citado fuero.

Con posterioridad a la realización de dicho relevamiento y a la presentación del pertinente informe, las partes convinieron en fijar una nueva fecha de audiencia.

El fiscal a cargo consideró relevante tener en cuenta la información brindada por el magistrado en lo Contencioso, a pesar de señalar que se estaba en condiciones de ejecutar la medida dispuesta oportunamente.

Ello así, el titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas, con sustento en lo dictaminado por el fiscal, y en atención a la vinculación directa dada entre el allanamiento por él ordenado y lo informado por el magistrado en lo Contencioso Administrativo y Tributario oficiante, resolvió estar a la comunicación del resultado de la audiencia establecida en esos autos (conf. fs. 30 del incidente de medida cautelar).

2. Conforme lo expuesto precedentemente, el lanzamiento de los actores se encuentra, por el momento, suspendido. No obstante ello, dado que dicha suspensión encuentra sustento en las audiencias que se están llevando a cabo ante el fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, corresponde diferir la resolución del planteo de autos para el momento en que tales audiencias hayan concluido.

En consecuencia, corresponde ordenar: *1)* al juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario que comunique a este Tribunal, de manera inmediata, el resultado de las audiencias que se sustancien y *2)* al magistrado en lo Penal, Contravencional y de Faltas que informe a este Tribunal, en forma previa a su ejecución, cualquier medida coercitiva que tenga vinculación con el lanzamiento de los imputados.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Las presentaciones de fs. 52/61 y fs. 125/135 no muestran que estén dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33 LPTSJ, por lo que los pedidos de suspensión formulados en esas presentaciones deben ser rechazados.

Por lo demás, si algo agrega a la situación acá planteada los dichos del titular de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 de fs. 28 del incidente de medida cautelar y la decisión adoptada por el juez de grado el 30/6/2010 (conf. fs. 30 del mencionado incidente), esto es, aquella decisión que dispuso supeditar la realización de la medida aquí cuestionada al resultado de la audiencia fijada en la causa "Desposorio Mantilla (complejo Bonorino) Villa 1-11-14 c/GCBA s/otros procesos incidentales", expte. nº 31.699/36 (causa que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2), es en sentido contrario a la concesión de la suspensión requerida. Ello así, toda vez que esa resolución daría cuenta de que no sería inminente la concreción de la medida que agravia a la defensora oficial y a la asesora general tutelar.

Todo ello, sin perjuicio de la decisión que se adopte sobre el fondo.

Por lo expuesto, voto por rechazar la suspensión requerida a fs. 60/60 vta. y 133 vta./134 vta.

El juez José O. Casás dijo:

Las circunstancias expuestas en el punto 1 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, me hacen formar convicción en un sentido diverso al de su conclusión. Toda vez que la decisión del juez de la causa de fecha 30/6/2010, sobre la que no corresponde expedirse en esta oportunidad, implica la suspensión del procedimiento de desalojo que había dispuesto con anterioridad, no se demuestra en el caso la existencia de peligro inminente de que se genere un perjuicio irreparable. En efecto, a partir de la información obrante en el expediente principal, es posible afirmar que en la actualidad no subsisten las circunstancias en las que se motivara el requerimiento del señor defensor general para que "se disponga la suspensión del desalojo impugnado" (fs. 60). Ello basta para denegar la solicitud efectuada.

Lo expuesto precedentemente torna innecesario expedirse, en particular, respecto del pedido que en razón de las mismas circunstancias efectuara la asesora general tutelar.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez, doctor José O. Casás.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* la solicitud de suspensión del proceso efectuada a fs 60/60 vta. y 133 vta./134 vta.

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás- Carlos F. Balbín.*

CCIX

"ALBA QUINTANA, PABLO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal articulado por la parte actora no puede prosperar, ya que el reenvío a la Cámara Contencioso Administrativo y Tributaria

dispuesto para que se expidieran conforme a lo oportunamente señalado en el fallo de este Tribunal todavía no ha sido resuelto, con lo cual, la suerte del proceso no ha sido aún definida en la jurisdicción local con un pronunciamiento definitivo. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La arbitrariedad de sentencia que le endilga el actor a la decisión recurrida y la genérica invocación de garantías constitucionales que afirma conculcadas no autorizan a prescindir de la existencia de un pronunciamiento definitivo. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SACAyT n° 6765/09 - 26/8/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Pablo Alba Quintana interpuso recurso extraordinario federal (fs. 242/267 vta.) contra la sentencia de este Tribunal de fecha 12/5/2010 (fs. 202/238).

2. El recurso fue contestado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), que solicitó su rechazo (fs. 273/278 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

El recurso extraordinario federal articulado por la parte actora a fs. 242/267 vta. no puede prosperar. La decisión del Tribunal que se objeta dispuso "…*reenviar* la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano…". En esas condiciones, la suerte del proceso no ha sido aún definida en la jurisdicción local con un pronunciamiento definitivo. La decisión cuestionada, entonces, no es la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 311:1601 y sus citas, entre otros).

Las consideraciones que, por otra parte, formula el recurrente a los efectos de justificar la existencia de este requisito, en el sentido de que "los lineamientos que debe seguir la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT al momento de emitir el nuevo pronunciamiento conforme ha sido impuesto por la sentencia en crisis llevan, necesariamente, a una única alternativa: la desestimación de la acción de amparo ... [dado que] no existe posibilidad alguna de que se dicte una sentencia favorable a mis intereses" (fs. 249 vta. y fs. 250 vta.), no logran desvirtuar la conclusión antes apuntada.

La arbitrariedad que le endilga el actor a la decisión recurrida y la genérica invocación de garantías constitucionales que afirma conculcadas no autorizan —tal

como lo tiene dicho el Alto Tribunal federal— a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo (*Fallos,* 304:749, 1717; 306:1679; 312:311; entre otros).

Por las razones expuestas, votamos por denegar el recurso extraordinario federal deducido. En atención a la naturaleza de los derechos de prestación a cargo del Estado debatidos en el *sub examine*, las costas deben imponerse en el orden causado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El 12/5/2010, el Tribunal, por mayoría, resolvió: "*Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad [del GCBA] de fs. 147/158, *revocar* la sentencia de fs. 140/143 y *reenviar* la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano" (sentencia de fs. 202/238, los destacados son del original).

En oportunidad de emitir mi voto disidente, sostuve que correspondía rechazar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA en virtud de las disposiciones constitucionales en juego y las interpretaciones respectivas de los órganos internacionales de aplicación.

2. El recurso extraordinario federal de fs. 242/267 vta., interpuesto oportunamente por el Sr. Pablo Alba Quintana, es formalmente admisible (acordada 4/07 de la CSJN).

3. La sentencia impugnada proviene del superior tribunal de la causa y es definitiva, como lo señala el recurrente.

El Sr. Alba Quintana expresa en su escrito que "si el Tribunal de grado tiene en consideración las 'pautas' que la decisión del TSJBA le fija, no existe posibilidad alguna de que se dicte una sentencia favorable a (…) [sus] intereses, toda vez que, en tal caso, el alcance que debería reconocerse al derecho constitucional de la vivienda se vería reducido a un estándar de asistencia minimalista (…) y circunscripto solamente (…) a la asignación de un 'techo' o 'albergue básico', es decir, a la negación de un derecho fundamental…" (fs. 250 vta.).

Asimismo, sostiene que las sentencias judiciales deben brindar soluciones oportunas (conforme lo señalara reiteradamente la CSJN) lo que implica una "una garantía procesal [del justiciable] de que el conflicto será resuelto en un lapso compatible con la naturaleza del objeto litigioso" (fs. 251) y, al mismo tiempo, una obligación de celeridad jurisdiccional. Según el recurrente, la resolución objetada no cumple dicho requisito y afecta, en consecuencia, la garantía constitucional de tutela judicial efectiva.

Finalmente, afirma que dicha garantía cede en ausencia de una solución sencilla, rápida, libre de obstáculos y "eficaz para disipar (…) dudas" (fs. 252), acorde al marco de la acción de amparo.

Por ello, requiere que la CSJN revise la decisión impugnada.

4. El Sr. Alba Quintana manifiesta fundadamente que la resolución en crisis suscita cuestiones federales (art. 14 inc. 3° de la ley 48).

Así dice:

a) "[S]e encuentra controvertido tanto el alcance como el contenido que corresponde asignar al derecho constitucional a la vivienda, reconocido en el art. 14 bis de la C.N. y en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de Derecho[s] Humanos y 11, incs. 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales…" (fs. 248 vta.).

b) "Se encuentra en juego la inteligencia que corresponde otorgarle al principio de división de poderes (art. 1°, C.N.) en su vinculación con lo dispuesto en el art. 5° de la Constitución, que establece la garantía de Gobierno federal del goce y ejercicio de las instituciones provinciales en tanto éstas aseguren *su administración de justicia.* En estos autos, la sentencia del TSJBA hace tabla rasa con esa exigencia constitucional, por cuanto —a través de la interpretación artificiosa que efectúa de diversos principios y normas de raigambre federal y supranacional— restringe severamente y a contramano de expresas previsiones constitucionales la aptitud del Poder Judicial para controlar la constitucionalidad de la actuación de otros Poderes. En efecto, al afirmar que el ejercicio del control de constitucionalidad debe subordinarse a las pautas que establezca el legislador para determinar la operatividad y alcance del derecho a la vivienda, el Tribunal subvierte la forma en que nuestra Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad asignan las potestades de gobierno a los diferentes órganos estatales, desconociendo de manera flagrante el deber que la Carta Magna asigna a los jueces para resolver las *causas* sometidas a su decisión (arts. 116, C.N. y 106, CCBA)" (fs. 249 y 249 vta., las cursivas son del original).

"En efecto, la manera en que el TSJBA ha interpretado el principio de división de poderes (art. 1°, C.N.) resulta manifiestamente contraria al alcance reconocido a las garantías tuteladas en los arts. 18 y 43 de la C.N. y 25 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), en especial, al *derecho a una tutela judicial efectiva*" (fs. 249 vta., las cursivas son del original).

"La interpretación propiciada en la sentencia conduce, inexorablemente, a obligar a los jueces a adoptar una actitud *deferente* hacia el Poder Ejecutivo y, por consiguiente, pasiva ante las vulneraciones graves a los derechos fundamentales de los ciudadanos" (fs. 249 vta., las cursivas son del original).

5. El recurrente atribuye la afectación de sus derechos y garantías al fallo objetado; es decir que media entre las cuestiones federales articuladas y las cuestiones debatidas y resueltas en el pleito una relación directa e inmediata.

6. Por lo demás, el impugnante formula un relato claro y preciso de las circunstancias relevantes de la causa, demuestra que el pronunciamiento cuestionado le ocasiona un gravamen concreto y actual pues lo conduce inexorablemente a "situación de calle", "lo que en ningún modo puede ser considerado como *alternativa razonable* para el goce del derecho en cuestión" (fs. 265 vta.) y, finalmente, refuta con fundamentos conducentes la decisión del Tribunal.

7. En consecuencia, voto por declarar formalmente admisible el recurso extraordinario federal interpuesto por el Sr. Pablo Alba Quintana a fs. 242/267 vta. Las costas se imponen a la vencida.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Pablo Alba Quintana, con costas en el orden causado.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 238, punto 2.

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

CCX

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PETERSEN, NICOLÁS JUAN S/INFR. ART. 111 CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA: Interposición extemporánea. Notificación.

SUMARIOS:

1. No resulta relevante la fecha en que efectivamente el funcionario tomó conocimiento de las actuaciones, sino aquella otra en la cual el expediente fue recibido en dependencias del Ministerio Público, pues de lo contrario, el plazo legal quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva: la prontitud o tardanza con la que las actuaciones lleguen, finalmente, a conocimiento de quien debe tomar intervención; lo que restaría toda eficacia a la pauta legalmente establecida para regular la actuación de los sujetos procesales. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. No hay constancia de que la notificación ordenada por el *a quo* hubiese sido realizada por alguna de las personas que el art. 55 del CPP prevé deben dar fe de la realización de esa especie de actos, y conforme surge de dicha norma, el legislador deriva la propiedad de "fehaciente" de la notificación del hecho de que ella sea realizada por quien tenía a su cargo la diligencia; requisito con el que no se ha cumplido en el *sub lite*. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Dado que la resolución recurrida ha sido notificada en la fecha en la que el señor fiscal general adjunto dice haber tomado conocimiento de ella y, previo a ese acto, sólo hay un cargo suscripto por una dependiente del fiscal que da cuenta del arribo del expediente a la Fiscalía de Cámara; constancia de recepción a la que el CPP no le acuerda ningún valor a los fines que acá importan, a lo que se suma la circunstancia de que no surge de las actuaciones que esa dependiente hubiese sido anoticiada que, mediante la recepción del expediente, el fiscal de Cámara quedaba notificado de alguna resolución, la queja deducida ha sido interpuesta dentro de los cinco días que el art. 33 de la ley 402 prevé. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 7189/10 - 26/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia no se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa. Apelada esa decisión, la Cámara, por mayoría, hizo lugar al recurso, revocando la resolución recurrida.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja presentado por el señor fiscal de Cámara no fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), razón por la cual no podrá prosperar.

2. Si bien el recurrente afirma en la queja que la resolución que deniega el recurso de inconstitucionalidad "…de fecha 26 de marzo de 2010 [fue] notificada a esta parte el 5 de abril del mismo año…" (fs. 53), el cargo impreso a fs. 52 vta. y firmado por la Prosecretaria Administrativa de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 indica que el expediente fue recibido allí el día 31 de marzo de 2010 a las 12:30 hs, día que debe ser considerado para dar inicio al cómputo del plazo legal para acudir ante este Tribunal.

No resulta relevante la fecha en que efectivamente el funcionario tomó conocimiento de las actuaciones: 5/4/2010 (véase constancia de fs. 52 vta., firmado por el señor fiscal general adjunto), sino aquella otra en la cual el expediente fue recibido en dependencias del Ministerio Público. De lo contrario, el plazo legal quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva: la prontitud o tardanza con la que las actuaciones lleguen, finalmente, a conocimiento de quien debe tomar intervención; lo que restaría toda eficacia a la pauta legalmente establecida para regular la actuación de los sujetos procesales (conf., en lo pertinente, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5904/08, resolución del 5/2/2009).

Al respecto, deseo agregar que el representante del Ministerio Público Fiscal no ha dado argumento alguno que permita concluir que la remisión de las actuaciones efectuada por la Secretaria de la Cámara de Apelaciones "a fin de notificar el fallo" y su recepción por parte de la Prosecretaria Administrativa de la Fiscalía actuante no constituya un medio de notificación fehaciente efectuado en el lugar legalmente previsto para ello (arts. 54 y 57, CPP CABA, aplicables supletoriamente en razón de lo previsto en el art. 6°, ley 12). En definitiva, en el marco de las cuestiones suscitadas en el caso, de la lectura de las normas referidas no puede derivarse que la única forma de notificación posible a los representantes del Ministerio Público Fiscal —o el único tipo de "diligencia" al que se refiere el art. 57, CPP CABA— sea la "notificación personal" regulada en el art. 58 del mismo cuerpo normativo.

El criterio que aquí se aplica es análogo al expuesto por este Tribunal en las causas "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laoui, Diego Ariel s/inf. art(s). 111 CC'", expte. nº 7093/10 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sánchez, Bravo, Martín s/infr. art(s). 111 CC'", expte. nº 7095/10, resoluciones del 30/6/2010.

3. Sentado lo expuesto, el plazo de cinco días previsto por el art. 33, primer párrafo, de la ley 402 para la interposición de la queja vencía el día 9/4/2010, sin perjuicio de que la presentación pudiera ser efectuada dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales (hasta las 11:00 hs) del día 12/4/2010 (art. 69, CPP CABA, aplicable según art. 2°, ley 402). Sin embargo, el recurso de queja fue interpuesto ante este Tribunal después de vencido dicho plazo: el 12/4/2010, a las 14:31 hs (véase cargo de fs. 59 vta.).

Se constata, entonces, que el escrito fue presentado pasadas las dos primeras horas hábiles del sexto día posterior a la notificación del auto recurrido en queja.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 53/59.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de Trámite en virtud de los argumentos que desarrolla en los puntos 1, 2 (párrs. 1° y 2°) y 3 de su voto, a los que me remito.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En primer término resulta necesario establecer en qué momento o con qué actuación quedó notificado el Ministerio Público Fiscal de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que de ello dependerá si la queja que ahora nos ocupa ha sido interpuesta en tiempo oportuno o no. Específicamente, la cuestión consiste en determinar si el Ministerio Fiscal quedó notificado de la resolución mencionada el 31 de marzo, con el cargo de recepción del expediente en la Fiscalía de Cámara, o el 5 de abril, fecha en que el fiscal general adjunto dice haber tomado conocimiento (fs. 52 vta.).

2. El momento a partir del cual comienzan a correr el plazo de 5 días que acuerda el art. 33 de la ley 402 para venir en queja ante este Tribunal es aquel en que la ley aplicable dispone tener por cumplida la notificación. No se ha controvertido en el *sub lite* ni cuál es esa ley —como principio, la ley 12 (conf. art. 2°, ley 402)—, ni su validez. Ese cuerpo normativo dispone, en lo que ahora importa, que las notificaciones "…se hacen personalmente, por cédula, telegrama con aviso de entrega, carta certificada o documento, o a través de citación policial…" (art. 13). Esa norma no permite suponer que el cargo de recepción del expediente en la Fiscalía de Cámara tiene la virtualidad de servir de notificación a los fines del cómputo del mencionado plazo. Sin perjuicio de ello, resta analizar la regulación sobre notificaciones del CPP, aplicable supletoriamente al caso en virtud de lo dispuesto en el art. 6° de la LPC.

3. El CPP establece, en lo que ahora importa, que "[l]as citaciones, notificaciones y emplazamientos se harán personalmente, por cédula, telegrama con aviso de entrega, carta certificada o documento, a través de citación policial o por cualquier otro medio fehaciente…" (art. 54). Ese mismo artículo dispone, a su vez, que las citaciones, notificaciones y emplazamientos deben "…contener: *1.* El nombre y apellido de la persona a notificar y su domicilio con indicación del carácter de éste.// *2.* La designación del Tribunal y/o Fiscalía que entiende en la causa.// *3.* El delito que motiva el proceso.// *4.* La transcripción del encabezamiento y parte dispositiva de la resolución que se notifica.// *5.* La fecha en que se expide y la firma material o digital del/la Secretario/a". En síntesis, establece, por un lado, el contenido y, por otro, el valor probatorio de la forma de emisión del acto. En lo segundo, a los medios previstos agrega cualquier otro fehaciente, esto es, cualquier medio que sea

autosuficiente para establecer su autenticidad o medio que hace presumir, salvo prueba en contrario, que ha ocurrido efectivamente aquello de que da cuenta.

4. En esas condiciones, la circunstancia de que el medio escogido para realizar la notificación sea "fehaciente" predica tan sólo acerca de su valor probatorio. Así, la Real Academia Española define al término "fehaciente" del siguiente modo: "adj. Que hace fe, fidedigno".[43] Nada dice, en cambio, acerca de su contenido, que no puede sino ser el mínimo indispensable para constituir una notificación. El hecho de que el medio empleado permita tener por acreditado que un acto fue llevado a cabo nada predica acerca de su contenido, esto es, no permite establecer que se trate de una notificación y menos aún que ella haya sido plena a la luz de lo que la ley ordena y que el acto quede puesto en conocimiento de quien la recibe.

5. Cabe agregar que no han sido puestos en tela de juicio ni la recepción del expediente en la oficina de la Fiscalía, ni la toma de conocimiento por parte del señor fiscal general adjunto de la resolución que el recurso en examen impugna. Por ello, no hay razones para analizar si se trata o no de medios fehacientes, lo que los colocaría al abrigo del mencionado art. 54 del CPP, si es que, además, pueden ser consideradas notificaciones los actos acreditados por esos medios fehacientes. Vale reparar, empero, en que no hay constancia de que la notificación ordenada por el *a quo* hubiese sido realizada por alguna de las personas que el art. 55 del CPP prevé deben dar fe de la realización de esa especie de actos. En este orden de ideas, ese artículo establece que "[l]as notificaciones las practicarán el/la Secretario/a o el/la empleado/a del Tribunal o de la Fiscalía que corresponda o se designe especialmente. Cuando la persona que se deba notificar se encuentre fuera de la sede del tribunal o de la Fiscalía, la notificación se practicará por intermedio de la autoridad correspondiente". En línea con ello, el art. 58 del CPP establece que las notificaciones personales que ocurren en la Fiscalía deben realizarse del siguiente modo: "[c]uando la notificación se haga personalmente en la Secretaría o en el despacho del/la fiscal o del/la defensor/a público/a se dejará constancia en el expediente, con indicación de la fecha, *firmando el encargado de la diligencia* y el notificado quien podrá obtener copia de la resolución.// Si éste no quisiere o no pudiere firmar, lo harán dos (2) testigos requeridos al efecto, no pudiendo servirse para ello de los dependientes de la oficina" (el destacado no corresponde al original). Conforme surge del texto resaltado, el legislador deriva la propiedad de "fehaciente" de la notificación del hecho de que ella sea realizada por quien tenía a su cargo la diligencia; requisito con el que no se ha cumplido en el *sub lite*.

En efecto, en el caso, quien firma el cargo no parece dotado de la competencia de ser el encargado de llevar adelante la notificación, a la luz de esas pautas, respecto del señor fiscal general adjunto ni éste para dar fe aunque sí para notificarse. No

[43] Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición.

obstante ello, lo cierto es que, tal como señalé, ninguno de esos hechos se halla en tela de juicio, por lo que no cabe ahondar con relación a ellos.

6. Sentado lo que antecede, sólo es posible entender que la resolución recurrida ha sido notificada en la fecha en la que el señor fiscal general adjunto dice haber tomado conocimiento de ella, esto es, el 5 de abril de 2010. Previo a ese acto, sólo hay un cargo suscripto por una dependiente del mencionado fiscal que da cuenta del arribo del expediente a la Fiscalía de Cámara; constancia de recepción a la que el CPP, vale reiterar, no le acuerda ningún valor a los fines que acá importan. A ello se suma la circunstancia de que no surge de las actuaciones que esa dependiente hubiese sido anoticiada que, mediante la recepción del expediente, el fiscal de Cámara quedaba notificado de alguna resolución.

En esas condiciones, cabe concluir que la queja deducida el 12 de abril (conf. el cargo que obra a fs. 59 vta.) ha sido interpuesta dentro de los cinco días que el art. 33 de la ley 402 prevé.

7. Cabe aclarar que lo dicho en el punto que antecede no constituye un apartamiento de la doctrina sentada en mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5904/08, sentencia del 5/2/2009, sino, justamente, su mantenimiento. En esa causa sostuve que el momento a partir del cual debía tenerse por notificado al Ministerio Público Fiscal —en ese caso, para interponer el recurso extraordinario federal— en los procesos contenciosos administrativos era el de la recepción de las actuaciones en sus dependencias. Pero, ello, al igual de la decisión que adopto en esta oportunidad, es consecuencia de las reglas establecidas por el legislador con relación a las formas que deben guardar las notificaciones. En efecto, el CCAyT establece que "[l]os/las funcionarios/as judiciales quedan notificados/as el día de la recepción del expediente en su despacho…" (art. 119, *in fine*), regla que difiere de las previstas en el CPP, tal como quedó indicado *supra*.

8. En cuanto al fondo, el conflicto suscitado en la presente causa en torno a las atribuciones y el margen de control que los jueces de mérito se atribuyeron con relación al instituto previsto en el art. 45 del CC (suspensión del proceso a prueba) resulta análogo al tratado por este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia de este Tribunal del 29/4/2009.

En tales condiciones, y por los argumentos que expuse en mis respectivos votos en esas causas, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y devolver las actuaciones para que, en su oportunidad y por quien corresponda, se radique la causa ante una sala distinta de la que intervino.

La solución propiciada demandaría, normalmente, requerir los autos principales pero en tanto mi voto constituye, conforme al resultado que surge del acuerdo, una posición de minoría, resulta innecesario avanzar en tal sentido.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En similar sentido se resolvió en los exptes. nº 7192/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Menichini, Daniel Alejandro s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", y nº 7190/10 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Yovino, Hugo Alfredo s/inf. art(s). 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", del 25/8/2010.

CCXI

"MERLO, FAVIO JUVENAL S/INF. ART. 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL, C.P. (P/L 2303) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. No es posible conceder el recurso extraordinario intentado respecto de la alegada nulidad de la detención y del peritaje realizado, como así tampoco en cuanto a la supuesta arbitrariedad en la apreciación de la prueba ya que la defensa

no sostuvo estos motivos de agravio ante el Tribunal, motivo por el cual no puede pretender ahora reintroducir una discusión sobre la cual no se expidió el tribunal superior de la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante, véase el voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso extraordinario federal no puede ser concedido en relación a la denunciada invalidez constitucional del art. 50 del C.P. porque este tribunal no resolvió el fondo de esa cuestión, sino que, por carecer de gravamen actual, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, por lo cual, en este punto, el recurso extraordinario federal no está dirigido contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante, véase el voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso extraordinario debe concederse en cuanto está dirigido a impugnar la constitucionalidad del art. 189 bis, 2°, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad y al *ne bis in idem*; pues en orden a este agravio, satisface mínimamente los requisitos del art. 14 inc. 3º de la ley 48, en tanto está dirigido contra una sentencia definitiva —porque el TSJBA se expidió sobre el fondo de esta cuestión—, emanada del superior tribunal de la causa, y la decisión fue contraria al derecho que se funda en las cláusulas invocadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante, véase el voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurrente ha introducido válidamente una cuestión federal en lo que se refiere a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2°, último párrafo del C.P., que guarda relación directa con la resolución de la causa, porque remite a garantías tuteladas expresamente por la CCBA, la Constitución Nacional, y los instrumentos internacionales incorporados a esta última en virtud del art. 75 inc. 22, por lo tanto, el recurso extraordinario federal debe ser concedido respecto de ese agravio. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase el voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF nº 7098/10 - 30/8/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor del Sr. Favio Juvenal Merlo interpuso recurso extraordinario federal (fs. 282/305) contra la decisión emitida el 26/5/2010 mediante la cual el Tribunal declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de fs. 224/245 en lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 50, C.P. y, por mayoría, rechazó el recurso mencionado con respecto a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, C.P. (fs. 270/274).

2. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 313/315), expresó que el Tribunal debía declarar admisible el recurso sólo respecto de la alegada inconstitucionalidad de la figura descripta en el art. 189 bis, inc. 2°, último párrafo, C.P. Señaló que ese motivo de agravio es actual y, además, expone una posible colisión entre la norma cuestionada y los principios constitucionales "de cosa juzgada y culpabilidad". Por otra parte, destacó que el caso es diferente al que se presentaba en el caso "Lemes" (CSJN L.1043.XLII, del 3/2/2009) porque en este proceso la aplicación de la figura agravada implicó un incremento de la pena impuesta al recurrente.

Con relación al agravio vinculado a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, indicó que la decisión atacada no fue dictada por el tribunal superior de la causa, en tanto el TSJBA declaró mal concedido el recurso porque consideró que el gravamen denunciado no era actual. Respecto de la supuesta nulidad de la detención y del peritaje balístico, y la arbitrariedad en la apreciación de la prueba, el señor fiscal general adjunto expresó que el recurso no resulta admisible al respecto porque, aunque los agravios descriptos fueron incluidos en la apelación y en el recurso de inconstitucionalidad, la defensa, ante la denegatoria decidida por la Cámara, no los sostuvo ante el Tribunal a través del correspondiente recurso de queja. Por último, descartó la aplicación a este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia invocada por el recurrente.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la defensa fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN.

2. Es correcta la apreciación del señor fiscal general adjunto en cuanto a la imposibilidad de conceder el recurso intentado respecto de la alegada nulidad de la detención y del peritaje realizado, así como también en cuanto a la supuesta arbitrariedad en la apreciación de la prueba. La defensa no ha sostenido estos motivos de agravio ante el Tribunal, motivo por el cual no puede pretender ahora reintroducir una discusión sobre la cual no se expidió el tribunal superior de la causa.

En consecuencia, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros); y, del mismo modo, la pretendida cuestión federal debe ser mantenida en todas las intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella y, de esta manera, quede habilitada su impugnación ante la CSJN (*Fallos,* 316:724, entre muchos otros).

3. En cuanto a la denunciada invalidez constitucional del art. 50, C.P., el recurso tampoco puede ser concedido, porque este tribunal no resolvió el fondo de

esa cuestión, sino que, por carecer de gravamen actual, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, por lo cual, en este punto, el recurso extraordinario federal no está dirigido contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa.

4. Por lo demás, en cuanto a la arbitrariedad alegada, las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su desacuerdo con la resolución atacada. En este sentido, la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y 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).

5. Ahora bien, el recurso extraordinario debe concederse en cuanto está dirigido a impugnar la constitucionalidad del art. 189 bis, 2°, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad y al *ne bis in idem*. Ello así, porque, en orden a este agravio, el presente recurso satisface mínimamente los requisitos del art. 14 inc. 3º de la ley 48, en tanto está dirigido contra una sentencia definitiva —porque el TSJBA se expidió sobre el fondo de esta cuestión—, emanada del superior tribunal de la causa, y la decisión fue contraria al derecho que se funda en las cláusulas invocadas.

6. Por las razones expuestas, corresponde conceder el recurso extraordinario federal intentado en cuanto el recurrente cuestiona la constitucionalidad del art. 189 bis, 2º, último párrafo, C.P., por resultar contrario a los principios de culpabilidad y *ne bis in idem* y denegarlo respecto a los demás motivos de agravio.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, Ana María Conde. Sólo estimo pertinente dejar a salvo que, con relación a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el abogado defensor del señor Favio Juvenal Merlo a fs. 282/305 cumple con las reglas previstas en la ley nacional 48, en los arts. 257 y ss. del CPCCN y con lo prescripto en la acordada 4/07 de la CSJN.

2. Entiendo que el recurrente ha introducido válidamente una cuestión federal en lo que se refiere a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2°, último párrafo del C.P., que guarda relación directa con la resolución de la causa, porque remite a garantías tuteladas expresamente por la CCBA, la Constitución Nacional, y los instrumentos internacionales incorporados a esta última en virtud del art. 75 inc. 22.

3. En consecuencia, voto por conceder el recurso extraordinario federal respecto del agravio vinculado a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2°, último párrafo del C.P. (según modificación introducida por la ley 25.886).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 282/305, en cuanto al agravio vinculado con la validez constitucional del art. 189 bis, 2°, último párrafo, del C.P. fundado en los principios de culpabilidad y *ne bis in idem* y *denegarlo* respecto de los restantes agravios.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz.*

CCXII

"SALAZAR, JUAN CARLOS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA: Alcances. Hábitat adecuado. Déficit habitacional. SUBSIDIOS: Programa de atención a familias en situación de calle. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación General del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obligación de medios. DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO PROGRESIVO: Regresividad. PRESUPUESTO: Recursos limitados. PODER LEGISLATIVO: Reglamentación de los derechos constitucionales. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES: Control constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*: Debido proceso.

Los señores jueces remiten a los fundamentos vertidos en el expte. nº 6754/09 "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 12/5/2010, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. El conflicto entre una ley local y la CCBA configura una cuestión constitucional compleja directa, prevista entre las que habilitan la intervención del Tribunal,

según lo dispone el art. 27 de la ley 402. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. El art. 31 de la CCBA comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado y engloba un aspecto inexorablemente colectivo —hábitat adecuado— con otro que, como regla, implica, directamente o de modo indirecto, como puede ocurrir en los planes autogestionados, asignaciones individuales de recursos, y sólo puede imaginarse como atendido por bienes colectivos en situaciones excepcionales en las que una escasez insuperable impone compartir el techo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. La reglamentación de los derechos incumbe al legislador, que debe cumplir tal tarea conforme las prioridades previstas por el constituyente y sin alterar el espíritu del mandato contemplado en el art. 31 de la CCBA. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

4. Para establecer el alcance del derecho a la vivienda contemplado en el art. 11 es preciso asumir, entre otras reglas, la de la progresividad prevista en el art. 2º, ambos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque, si bien no ha sido puesto en tela de juicio que el art. 31 de la CCBA cumple con dicho pacto, la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. La sola circunstancia de que la CCBA (art. 31) prevé prioridades —personas que padecen pobreza crítica, necesidades especiales con pocos recursos, viviendas precarias o marginación— implica que el constituyente asumió que los recursos son escasos y, por tanto, deben ser distribuidos según criterios transparentes que brinden apoyo antes a quienes tienen más necesidad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

6. El inc. 1° del art. 31 de la CCBA dispone resolver progresivamente el déficit habitacional, que no es el único objeto del derecho enunciado en el encabezamiento de la norma, sino que esta previsión enlaza con la necesidad de afectar recursos no infinitos a distintas prestaciones de naturaleza social y cultural; educación y salud, esencialmente, que deben también ser atendidas por el Estado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

7. A la luz de la relación entre el Gobierno federal y los locales que organizan, entre otros, los arts. 5º, 31 y concordantes de la C.N., el art. 31 de la CCBA debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de modo que los derechos que confieren ambos cuerpos normativos no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

8. Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados (Observación General 3 punto 1 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

9. La Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad, sino que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

10. No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional; sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

11. La progresividad del art. 2º del PIDESC constituye una salvaguarda para los Estados cuando no pueden cumplir inmediatamente los deberes asumidos, pero las medidas son, en el criterio del Observación General 3 punto 9, de resultado e inmediatamente exigibles, y la adopción de las que conduzcan al pleno cumplimiento del pacto pesa sobre los Estados a partir de su vigencia como una obligación de actuar expeditiva y efectivamente como sea posible hacia el logro de las metas previstas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

12. No cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, sino que debe serlo globalmente para toda la población, ni tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto, desde que la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

13. Las medidas que deben adoptar los Estados en el marco del PIDESC deben ser las mejores que permitan los recursos de que se dispone, y corresponden en buena parte a los poderes legislativos (OG3 puntos 3, 4, 6, 8, 11 y 15), pues incumbe primariamente al Poder Legislativo establecer cuáles son los recursos disponibles y, además, nada asegura mejor que una medida legislativa la igualdad en la distribución de beneficios (punto 3). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

14. No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el contenido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

15. El art. 31 de la CCBA impone al GCBA atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, empleando asimismo los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; responsabilidad que pesa primariamente sobre el Poder Legislativo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

16. El art. 31 de la CCBA no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado, sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado y la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

17. Los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional del art. 31 CCBA, pueden ser tanto totales como parciales; y deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

18. El Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

19. Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCBA, sin embargo, forman parte de ella, como medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

20. El derecho que los subsidios generan a posibles beneficiarios, es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31, CCBA y PIDESC). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

21. Corresponde al legislador, expositor de la voluntad general, reglamentar los derechos acordados por la Constitución y, sin alterar su espíritu, es él quien debe elegir la política así como los mecanismos para dar satisfacción a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

22. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a ésta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el legislador. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

23. En ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v. gr. art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106, CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del Legislador, y solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos, elección que, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

24. No corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia y mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea, medios que faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno, circunstancia que no importa negarle toda intervención posible en materia de vivienda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

25. Al remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios que instituya conforme las prioridades, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sino que sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCBA, donde cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

26. No se discute que el otorgamiento de subsidios debe ser instrumentado por medio de actos administrativos dirigido a los destinatarios del beneficio, pero ello no significa que esa competencia no deba ser ejercida en el marco de reglas preestablecidas de distribución de los recursos afectados, en el caso, a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA; competencia, esta sí, típicamente legislativa. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

27. Es al Poder Legislativo a quien le compete, a la luz de la distribución de competencias que realiza la CCBA, establecer las pautas en base a las cuales los otros dos poderes, el ejecutivo y el judicial, deben hacer uso de las facultades que la CCBA les acuerda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

28. El régimen de subsidios debe ser analizado por los jueces bajo el prisma del art. 31 de la CCBA, con el objeto de constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCBA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

29. No resulta inconstitucional el otorgamiento de subsidios temporarios para hacer frente a la manda del art. 31 de la CCBA, ni tampoco que su monto no sea suficiente, por sí sólo, para solventar el costo de una vivienda digna, pero sí lo es que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respete las prioridades establecidas en el art. 31 de la CCBA; situación que, hoy en día, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad (conf. art. 31 de la CCBA). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

30. Si los jueces llegan a la conclusión, frente a un pedido de parte legitimada, de que corresponde que sea entregado o renovado el subsidio que se reclama, ello no implica que corresponda apartarse de los montos dispuestos en el dec. 960/08, toda vez que la CCBA no garantiza el derecho a percibir un importe que, por sí sólo,

sea suficiente para pagar una vivienda digna. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

31. El alcance que el bloque normativo brinda al derecho a la vivienda incluye la obligación de brindar a quienes se encuentran dentro del universo al que el GCBA debe asistir, al menos, la protección de un techo o albergue básico, que no equivale a solventarle una vivienda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

32. A diferencia de lo que entendió la Cámara, no resulta inconstitucional un subsidio que otorga un monto que no sea suficiente, por sí sólo, para acceder a una vivienda, de modo que la condena no pudo ser dictada sin un monto determinado y éste, a su vez, no puede ser otro que el establecido en el art. 3º del dec. 960/08, ni tampoco es inconstitucional, *per se*, un subsidio cuando es otorgado por período acotado; cuestiones ambas que, a su vez, el *a quo* resolvió en forma dogmática. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

33. Los jueces no pueden decidir directamente cómo afectar los recursos públicos, facultad esta última privativa del Poder Legislativo y, por ende, ajena al Poder Judicial, y menos aun hacerlo sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto puede tener esa resolución en el presupuesto. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

34. Resolver la prolongación de los subsidios a quienes, por un lado, mantienen la necesidad de recibirlo aunque han percibido la totalidad de las cuotas previstas en el régimen y, por otro, pertenecen a un grupo que merece una prioridad respecto de otros beneficiarios contemplados en el decreto, no implica crear ni el régimen ni obliga a asignar partidas no previstas a fin de subsidiar, sino que se limita a establecer que no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

35. La sentencia recurrida destaca que el dec. 960/08 aumentó el importe del subsidio, dato que prueba que el régimen impugnado afectó mayores recursos y avanza en una de las políticas destinadas a resolver progresivamente el déficit habitacional y nada de lo dicho por el *a quo* permite sostener que entre el dec. 690/06 y el 960/08 existe regresión. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

36. La progresividad, aún en la tesitura del *a quo* que la considera un mecanismo autónomo de control desvinculado de otros aspectos como el presupuestario, se mide en relación con las normas aplicables y no en relación con beneficiarios individuales como pretende la sentencia impugnada, pues lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

37. El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación

prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

38. Tanto establecer si están dadas las condiciones previstas en el dec. 960/08, como determinar si el amparista ha logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades previstas en la CCBA para mantener el beneficio del subsidio que se pretende en la medida que él es concedido a personas con menores necesidades, remiten a la valoración de cuestiones de hecho y prueba que exceden las competencias del Tribunal en la vía intentada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

39. El fallo cuestionado no fija el monto que el GCBA estaría obligado a proveer al actor, ni parámetros claros para definirlo, toda vez que las pautas establecidas en el decisorio son de una extrema laxitud, en tanto no permiten determinar qué debe entenderse por la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, indeterminación que, indefectiblemente, coloca al GCBA en situación de indefensión, pues carece de pautas para dar cumplimiento a la condena impuesta en el fallo desde que ignora con qué monto concreto se considerará acatada la sentencia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

40. En cuanto a los subsidios habitacionales, la cláusula constitucional examinada (art. 31 de la CCBA), con un claro sentido reglamentario, suministra criterios que fijan el cauce dentro del cual deben actuar los poderes políticos al dictar las normas complementarias —tal como el contenido en el primer inciso que prioriza a las personas que padecen de una pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos—, directivas que al estar contenidas en el vértice del ordenamiento jurídico habilitan el pertinente ejercicio del control judicial, aún en las ayudas temporarias que obran como paliativos ante el déficit de vivienda que afecta a los sectores sociales más postergados. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

41. En situaciones de extrema vulnerabilidad social la afectación del derecho a la vivienda digna conduce a consolidar desigualdades y a profundizar la exclusión. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

42. Las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

43. La referencia expresa que hace el art. 31 de la CCBA a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

44. El subsidio no tiene, como afirma el recurrente, "carácter excepcional', y en un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla, porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA); y cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su

aplicación sucesiva no implique la disminución y/ o la privación de las prestaciones ya reconocidas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

45. La opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deja en claro que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad, posibilitando el goce y exigibilidad de los derecho sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

46. El sistema internacional de derechos humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

47. El GCBA debió probar que no sub-ejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

48. La Cámara no incurrió en la afectación constitucional del debido proceso y de la defensa en juicio por transgredir la prohibición de *reformatio in peius*, pues no varió el derecho reconocido en la sentencia de la anterior instancia sino la forma de hacerlo efectivo a fin de garantizar plenamente las prescripciones constitucionales que rigen la materia de autos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 7319/10 - 1°/9/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Juan Carlos Salazar, por derecho propio, interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fin de que se lo incorporara al programa habitacional actualmente vigente; y que en caso de otorgarse un subsidio, su monto le permita abonar íntegramente el costo del lugar en el cual se aloje. Como medida cautelar, requirió que mientras durase la tramitación del amparo, se ordenase al GCBA que lo incluyera en los programas de emergencia habitacional.

La jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar.

La demandada, al contestar el traslado de la acción promovida, solicitó su rechazo.

La jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo.

2. El GCBA apeló la sentencia. La parte actora contestó el traslado del memorial de agravios.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió modificar la sentencia de primera instancia y ordenarle la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. La Cámara de Apelaciones concedió el recurso, excepto respecto a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional.

4. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el demandado porque no advierte que se configure una causa constitucional.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

La cuestión traída a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera, por mayoría, el día 12/5/2010, en los autos "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09.

Los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sentencia— son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente, y deberán ser notificados a las partes.

El juez José O. Casás agregó:

Por lo demás, si bien las consideraciones desarrolladas por el suscripto en el aludido precedente "Alba Quintana" resultan suficientes para dar tratamiento a los planteos ventilados en la causa *sub examine*, a mayor abundamiento, cabe añadir que diversas cuestiones vinculadas a la problemática aquí examinada han sido abordadas *in extenso* en el voto que emitiera *in re* "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 6153/09, sentencia del 12 de mayo del corriente año —oportunidad en la cual este estrado, en virtud de las competencias atribuidas por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, ejerció el control de constitucionalidad *en abstracto* de ciertas normas del dec. 960/08 y su decreto reglamentario que modificaron el programa "Atención para familias en situación de calle" establecido por el dec. 690/06—; fundamentos a los cuales también me remito.

Por ello, oído el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 232/242 vta.; *revocar* la sentencia de fs. 224/226 vta. y *reenviar* la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09. Sin costas.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución mencionada en el punto anterior.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique esta sentencia conjuntamente con el precedente referido en ella, y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

En similar sentido, "Gómez, María Yolanda c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"(expte. nº 7223/10), del 1º/9/2010; "Menge, Jorge César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7329/10); "Burlikowski , Ramona c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 6770/09), del 8/9/2010; "Romero Marcelina Ramona y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"(expte. n° 7334/10), del 14/9/2010; "Salvatierra, Ema Rosa c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"(expte. nº 7333/10); "Saavedra Castillo, Beatriz Liliana y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"(expte. n° 7353/10); "Doval, Amalia Mónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7354/10); "Ríos, María Ester c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 7188/10); "Orge, Mónica Alejandra y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"(expte. n° 7393/10); "Gerez, Héctor René c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7342/10), del 15/9/2010; "Gómez, Rosa Nélida c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7374/10); "Tillet, Miguel Angel c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 7430/10) y "Gutiérrez, Miriam Zulema c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"(expte. nº 7339/10), del 22/9/2010.

CCXIII

"ESQUIVEL PIZARRO, HÉCTOR HERNÁN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Arbitrariedad de sentencia. AMPARO: Requisitos. Arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. VENTA DE BARATIJAS DE MERA SUBSISTENCIA: Autorización. Código de Habilitaciones y Verificaciones. Uso del espacio público. PODER JUDICIAL: Principio de división de poderes. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Los señores jueces remiten a los fundamentos vertidos en el expte. nº 6162/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" , sentencia del 5/3/2009, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. Se configura un supuesto de arbitrariedad de sentencia —en el sentido técnico del término—, que afecta el derecho de defensa en juicio de la demandada, si se verifica un déficit en su fundamentación derivado de la omisión de tratamiento de distintas cuestiones conducentes para resolver el pleito, que impide considerarla una derivación razonada del derecho vigente a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazar la acción de amparo intentada si más allá de las afirmaciones por demás genéricas vinculadas al derecho a trabajar y a la garantía de igualdad, el actor no aportó pruebas conducentes ni argumentos jurídicos idóneos para acreditar el accionar estatal lesivo que denuncia, ni logró demostrar que la supuesta omisión de regulación de la actividad de venta de baratijas para mera subsistencia que se atribuye al Estado pueda calificarse como arbitraria o ilegal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Los jueces rebasarían ampliamente el ámbito de control que permite ejercer la Constitución en el Estado de derecho si, al resolver un juicio, decidieran indagar acerca del mérito y conveniencia que podría tener para un vecino (o determinado grupo) la sanción o derogación de una ley, pues ese no es el rol que la Constitución asigna al Poder Judicial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La regulación legal específica que se refiere a las formas de autorización que habilitan el desarrollo de actividades comerciales que puedan interferir con el uso de los espacios públicos se encuentran contenidas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, no en el Código Contravencional, que contiene el catálogo de conductas que el legislador local considera a tal punto inaceptables para la convivencia como para establecer, incluso, respuestas punitivas que prevén la privación de libertad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Basta para decidir el rechazo del amparo la existencia de una norma legal que prohíbe con carácter general el ejercicio de actividad comercial en el espacio público sin el otorgamiento de un permiso especial por parte de la Administración, que en la especie no fue solicitado a la autoridad competente. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. El creciente fenómeno de la venta callejera en el ámbito de la Ciudad presenta diversas aristas, cada una de ellas con su particular grado de complejidad, pero la respuesta a estos problemas es improponible al Poder Judicial, y no puede pretenderse bajo la apariencia de un caso, que se decida en forma casuística e inorgánicamente acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de una determinada regulación legal, en reemplazo de la necesaria intervención de los poderes políticos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. La ausencia de sanción penal o retributiva prevista para una conducta no supone admitirla en un espacio público, esto es, un espacio que por la condición referida está sujeto a un uso regulado de modo, aunque amplio, especial, con el preciso propósito de que todos podamos gozar de él por igual. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Más allá de sus posibles interpretaciones, el Código de Habilitaciones y Verificaciones exige con toda claridad requerir a la autoridad administrativa, que es aquella a la que la CCBA reserva el ejercicio de funciones de esta especie, una habilitación para desarrollar actividades comerciales de cualquier tipo en el espacio público. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El proceso de amparo, como cauce procesal que brinda soporte a la intervención judicial, no escapa a la necesidad de que el planteo formulado por esa vía configure un caso, y la regla que impone su existencia procede, al igual que el amparo de la propia Constitución (arts. 106 y 14, CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La ampliación ilimitada de los asuntos que pueden ser llevados ante un estrado judicial, por extender el concepto de causa a situaciones que todavía no han llegado al nivel necesario de concreción puede llevar a que los jueces se atribuyan el entendimiento de cuestiones que no les corresponden. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Cabe hacer lugar al recurso de queja si la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad solo reproduce consideraciones genéricas, las cuales no están acompañadas de ninguna consideración adicional que los aclare, explique o vincule, de manera particularizada, con el recurso denegado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La tacha de arbitrariedad de una sentencia debe ser analizada de modo estricto, pues la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad si los argumentos que propone el Gobierno no demuestran la afectación de ningún principio constitucional, toda vez que solo refieren al desacuerdo del recurrente en cuanto a

la interpretación de una norma infraconstitucional (art. 11.1.2. del Código de Habilitaciones y Verificaciones) y a una equivocada lectura de los efectos de la decisión de la Cámara. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 7145/10 - 1º/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Héctor Hernán Esquivel Pizarro inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) por entender violentadas las garantías contenidas en los arts. 14, 14 bis, 17, 28 y 43 de la C.N. Solicitó, por tanto, que se ordenase al GCBA que se abstuviese de concretar —por sí o por órdenes o peticiones de autoridades públicas— medidas que afectasen su labor de venta de baratijas (artículos varios, no productos alimentarios) en su puesto de venta ambulante sobre la Av. Pueyrredón al 390, Barrio de Once, de esta Ciudad; a fin de "…poder atender tranquilamente mi puesto de baratijas sin ser molestado por Policía Federal ni inspectores de la zona, hasta tanto el demandado regule dicha actividad…" (fs. 1/3 y fs. 93/96 vta.).

Señaló que se dedicaba a la venta de diversos artículos (guantes, gorros, ojotas, medias, camisetas, plantillas, pañuelos, cordones, alpargatas y cuellos polares). Destacó que no existe una reglamentación de la venta ambulante de baratijas sino que sólo la hay para la venta ambulante de alimentos, que requiere la tramitación de un permiso ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria dependiente del GCBA. Explicó que la mora de la Administración al no reglamentar la actividad que realiza, afecta su derecho de trabajar y de ejercer industria lícita.

Asimismo, expresó que su trabajo, único medio de subsistencia del que dispone para mantener a su familia, no constituye una contravención de conformidad con el art. 83, tercer párrafo del CC de la Ciudad.

Finalmente, requirió el dictado de una medida cautelar, la que fue concedida por el juez de grado (fs. 23/24), pero revocada por la Sala I Cámara CAyT (fs. 57/58 vta. del incidente de apelación).

2. Frente a un informe que le fuera requerido por el juez de primera instancia, el actor manifestó —entre otras cosas— que con fecha 25/6/2007 se procedió a labrarle un acta contravencional y a secuestrarle los elementos que se encuentran detallados a fs. 92.

3. El GCBA contestó el traslado de la demanda y solicitó el rechazo de la acción de amparo (fs. 77/81 y fs. 99/100).

Sostuvo que el actor no posee un permiso vigente que lo habilite a desarrollar la venta en la vía pública, que carece de legitimación y que no demostró arbitrariedad o ilegalidad en la conducta del GCBA. Añadió que la Ciudad tiene el deber

de tutelar el uso del espacio público y que no es irrazonable que la prohibición de comercialización en dicho espacio alcance a quienes no cuenten con el permiso necesario.

4. El juez de primera instancia admitió la acción de amparo y ordenó al GCBA "…abstenerse de efectuar clausuras, remociones o afectaciones a la labor comercial del accionante de venta ambulante de productos no alimenticios que tengan como motivación la carencia de permiso o habilitación o bien proceda a proporcionar al actor un trabajo digno que resulta acorde a la situación referenciada…" (fs. 106/113 vta.).

5. El pronunciamiento fue apelado por el GCBA (fs. 117/122). A su turno, y una vez contestado el traslado por el actor de los agravios articulados por dicha parte (fs. 139/141), la Sala I de la Cámara CAyT resolvió: "*1)* rechazar el recurso de apelación interpuesto por el accionado; *2)* modificar la sentencia de primera instancia, ordenando al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso; *3)* imponer las costas en ambas instancias por su orden, en atención a que, como se puso de resalto, la cuestión debatida es de difícil interpretación (art. 14, CCBA)..." (fs. 158/160 vta.).

Los magistrados expresaron (fs. 159 vta.) que "(...) más allá de que existe una dificultad interpretativa entre, por un lado, las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y, por el otro, el Código Contravencional, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la venta de productos alimenticios en la vía pública se encuentra expresamente prohibida salvo que, a tal efecto, se obtenga un permiso de uso en los términos detallados en el Capítulo 1.11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones". Agregaron (fs. 159 vta.) que "[s]in embargo, y también de acuerdo con el marco legal previamente detallado, tal prohibición no resulta extensible (...) a la venta de baratijas cuando, además, esa actividad constituye una venta de mera subsistencia". Y señalaron (fs. 160) que "(...) toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como 'de mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular".

6. Contra lo decidido, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 179/191 vta.).

Centró sus agravios en que la sentencia recurrida: *a)* ponía en juego las potestades consagradas en los arts. 102 y 104, inc. 11 de la CCBA, en tanto inhibía al Jefe de Gobierno de desarrollar la actividad policial que expresamente le otorgaba la ley fundamental de la Ciudad; *b)* admitía formal y materialmente una pretensión de

amparo sin que estuviesen reunidos sus presupuestos constitucionales; *c)* condenaba a su parte sin que se configurase la existencia de un "caso" judicial; y *d)* realizaba una interpretación inconstitucional, irrazonable y dogmática del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones. Calificó, además, de arbitrario el pronunciamiento objeto del recurso y sostuvo que, en el caso, se configuraba un supuesto de gravedad institucional.

7. La Cámara —previo traslado a la parte actora que fue contestado a fs. 196/199— resolvió conceder el recurso deducido por la demandada en virtud de lo decidido por este Tribunal en el precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia de fecha 5/3/2009, donde, por mayoría, se consideró configurada la existencia de un caso constitucional. Lo denegó, en cambio, respecto de la arbitrariedad alegada (fs. 201/202).

8. Requerido su dictamen, una vez recibidas las actuaciones en este Tribunal, el fiscal general adjunto propició que se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, se revoque la sentencia de Cámara y se rechace la acción de amparo promovida (fs. 225/227 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA debe ser admitido.

2. Tal como lo sostuvieron los jueces de la Cámara al conceder el remedio intentado y el señor fiscal general adjunto al emitir su dictamen, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de abordar una cuestión análoga a la debatida en las presentes actuaciones al decidir en la causa caratulada "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009. Allí, por mayoría, se concluyó que el GCBA había logrado demostrar la existencia de un caso constitucional y que una pretensión con el alcance intentado por el amparista no podía tener acogida favorable.

Por ello, al no advertirse en esta ocasión —a partir de la valoración de las circunstancias relevantes de la causa— diferencias sustanciales que aconsejen efectuar mayores consideraciones que las vertidas en el precedente aludido, entiendo que corresponde remitirse a sus fundamentos y conclusiones por razones de brevedad.

En este sentido, sólo cabe aclarar que en el presente proceso —tal vez por la vía y fuero elegidos para litigar— no se ha cuestionado de manera concreta el acta contravencional mencionada en el punto 2 del resulta, ni se ha requerido la restitución de la mercadería secuestrada en el apuntado procedimiento. El reclamo del amparista se ha limitado —aun luego de lo acontecido— a que se ordenase al GCBA

"…que se abstenga de concretar por sí o por órdenes o peticiones de autoridades públicas medidas que afecten mi labor de venta de baratijas (artículos varios, no productos alimentarios) en mi puesto de venta ambulante sobre la Av. Pueyrredón al 390, Barrio de Once, en esta Ciudad" (fs. 96 y vta.). Y sobre esa única pretensión se pronunciaron el juez de primera instancia y la Cámara, sin objeciones del actor, por lo que a este Tribunal no le corresponde efectuar otra alusión que la hasta ahora formulada respecto de lo sucedido el 25/6/2007 (fs. 92 y vta.).

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y rechazar la acción de amparo iniciada por Héctor Hernán Esquivel Pizarro. Costas por su orden (art. 14, CCBA). Por Secretaría deberá agregarse copia del pronunciamiento del Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En lo relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162, decisión del 5/3/2009.

En consecuencia, por razones de brevedad y con apoyo en los fundamentos que expusiera en el antecedente indicado, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno a fs. 179/191 vta., con costas. Por Secretaría deberá incorporarse a este expediente una copia de la sentencia dictada por el Tribunal en la causa citada y adjuntarse a cada una de las notificaciones de este fallo.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *revocar* la sentencia impugnada y *rechazar* la acción de amparo iniciada por Héctor Hernán Esquivel Pizarro.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 5/3/2009, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" (expte. nº 6162/08).

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva a la Sala de origen.

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

En similar sentido se resolvió en el expte. nº 7330/10 "Delgado Gutiérrez, Ana María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Delgado Gutiérrez, Ana María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", del 22/9/2010.

CCXIV

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PÉREZ, ÁNGEL EDUARDO S/INF. ART. 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento del recurso. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF nº 7426/10 - 1º/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa, fijando reglas de conducta distintas a las propuestas por la Fiscalía. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Cámara confirmó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, desistió del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

En atención a los argumentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, y de acuerdo con lo establecido en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

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

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

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

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

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

En similar sentido, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'De la Cruz, Jorge Antonio s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7427/10), del 1º/9/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Simone Zunino, Daniel Bernardo s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7463/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ferrero, Mario Ángel s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7466/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Zarasqueta, Paula Karina s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7468/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ortiz, Magdalena s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7467/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, Omar Adrián s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7464/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Castro Kubat, Guillermo s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7489/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kroselj, Bojan s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7486/10), del 8/9/2010.

CCXV

"BOICO, ROBERTO JOSÉ S/PEDIDO DE REVOCATORIA DE MANDATO"

REVOCATORIA DE MANDATO: Requisitos.
Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. No corresponde al Tribunal substituir al requirente de la apertura del trámite de revocatoria de mandato en la formulación "inequívoca" de la causa, pues tal formulación, *que es una carga de quien lo insta*, debe ser lo suficientemente clara y precisa para ser comprendida por los electores que avalarán con su firma el progreso del trámite. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. Más allá de que el art. 6º inc. b de la ley 357, reglamentaria del art. 67 de la CCBA, no ha merecido reparo al promotor de la revocatoria de mandato, vale señalar que, por esta vía, el Poder Legislativo ha vedado que sea este Tribunal, integrante de otro Poder del Estado, el que formule una parte tan significativa de la consulta, esto es, que pueda influir en la manera de recabar la expresión de la voluntad popular, ya sea enfatizándola o mitigándola. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. SAO n° 7471 - 1º/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe, de los que

RESULTA:

1. La presentación de fs. 1/3 del Sr. Roberto José Boico, ratificada personalmente a fs. 8, promoviendo "proceso de revocatoria de mandato del Jefe de Gobierno, Ing. Mauricio Macri".

2. Con fecha 18/8/2010 el Tribunal, intimó al Sr. Roberto José Boico a que, en el plazo de tres (3) días, reformulase la causal de revocatoria ajustándola a los parámetros indicados en el voto de la jueza Ana María Conde, bajo apercibimiento de rechazar su presentación sin más trámite (fs. 10/13).

3. A fs. 14/15 se presenta nuevamente Boico en escrito titulado "Cumple requerimiento – Formula manifestación – Urgente entrega de planillas".

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

1. Mediante la resolución de fecha 18/8/2010 obrante a fs. 10/13, el Tribunal, consideró cumplidos parte de los requisitos formales para dar inicio al trámite preparatorio del procedimiento de revocatoria de mandato instado por el Sr. Boico: firma, aclaración, denuncia de domicilio e indicación del número de documento cívico del presentante; su calidad de elector de la Ciudad; la individualización del funcionario cuyo mandato se cuestiona; y la oportunidad en la que se promueve la revocatoria. No obstante, se estimó que la presentación de mención no "cumpl[ía] acabadamente con la exigencia del art. 5º, inc. c, referida al carácter inequívoco de la causa o causas que fundan la petición de iniciar el trámite en análisis, porque no está suficientemente claro si la petición se funda simplemente en que el Jefe de Gobierno está procesado, o se trata de la índole de los delitos por los que está procesado, o se trata de la afectación que al ejercicio de sus funciones pueda ocasionar su procesamiento, o alguna otra hipótesis relacionada con lo allí reflexionado por el requirente, a lo que se suma que ni siquiera está individualizada la causa penal aludida ni el Tribunal cuenta formalmente con la resolución de la Cámara federal que menciona y cuyas frases presuntamente transcribe, extremos que no puede considerarse suplidos por la 'publicidad del tema' a la que refiere" y, en razón de ello, otorgó al Sr. Boico la oportunidad de enmendar tal falencia mediante la intimación ordenada en el dispositivo.

2. A fs. 14/15 el Sr. Boico presenta nuevo escrito destinado a "evacuar" el requerimiento, en el que realiza reflexiones acerca de la "sorpresa" que le causa "semejante requerimiento para dar curso a la acción"; afirma que ha "sido suficientemente [...] claro [...] en el escrito de inicio acerca de las causales"; y realiza consideraciones acerca de las causales de juicio político previstas en el art. 92 de la CCBA que en nada satisfacen el objeto de la intimación efectuada a través de la resolución de fs. 10/13.

Tal es así que a fs. 14 vta. (punto 7 de escrito) expresa: "En el presente caso, y sin hesitación alguna frente a la contundencia de la resolución de la justicia federal, estamos en supuesto previsto en el punto 2 del art. 92", refiriéndose a la causal de juicio político por "comisión de delitos en ejercicio de la función pública" y, a renglón seguido teoriza acerca de la causal de juicio político por "mal desempeño", sin llegar a precisar en ningún momento la causa "inequívoca" de su petición en los términos exigidos en la aludida resolución de fecha 18/8/2010 de este Tribunal.

Nuevamente cabe señalar aquí que tanto no corresponde al Tribunal substituir al requirente de la apertura del trámite en la formulación "inequívoca" de la causa, como que tal formulación, *que es una carga de quien lo insta,* debe ser lo suficientemente clara y precisa para ser comprendida por los electores que avalarán con su firma el progreso del trámite.

Esa exigencia está prevista en el art. 6º inc. b de la ley 357, reglamentaria del art. 67 de la CCBA, en estos términos: "Con carácter de trámite preparatorio

de la petición de revocatoria, los interesados deberán presentarse ante el Tribunal Superior de Justicia a los efectos de ... [s]eñalar las causas por las que se solicita la revocatoria, que deben expresarse inequívocamente...". Más allá de que el precepto transcripto no ha merecido reparo al promotor de la revocatoria, vale señalar que, por esta vía, el Poder Legislativo ha vedado que sea este Tribunal, integrante de otro poder del Estado, el que formule una parte tan significativa de la consulta, esto es, que pueda influir en la manera de recabar la expresión de la voluntad popular, ya sea enfatizándola o mitigándola. En este sentido cabe recordar lo expresado por el juez Julio B. J. Maier al votar en el expte. nº 1698/02, "Verazay, Irma Rosa y Cáceres, Rubén Andrés s/pedido de revocatoria de mandatos", resolución del 16/10/2002, en cuanto expresó que "[...] quien pretende la revocatoria del mandato debe —al menos— también señalar la conducta concreta desarrollada o no desarrollada por el funcionario cuyo mandato se pretende revocar, entre otras cosas para no sorprender a quienes pueden acompañar en el futuro esta petición o, tan sólo, decidir si la suscriben o si no la suscriben. A ello, precisamente, se refiere la palabra 'inequívocamente' que corona el texto de la condición, esto es, se trata de una condición material y no representa sólo una condición meramente forma".

3. De todo lo anterior surge, por un lado, que la presentación del Sr. Boico expresa su voluntad de proseguir el trámite de revocatoria instado, mientras que, por otro, no se encuentran completos los recaudos de la ley 357 en tanto está pendiente el del art. 6º, inc. b, que no puede ser suplido por el Tribunal según se expuso.

En tal contexto, la posibilidad de archivar estas actuaciones como consecuencia del incumplimiento referido no puede perder de vista que el procedimiento podría ser iniciado nuevamente, ni que la reglamentación legal del "referéndum de revocación" no permite mantener el procedimiento abierto indefinidamente (art. 67, CCBA y ley 357).

En consecuencia y por los motivos expuestos, *votamos* por hacer saber al promotor de autos que en el término de tres días deberá precisar de modo inequívoco la causal de revocatoria que impulsa (art. 6º, inc. b, ya citado), caso contrario no quedaría más remedio que hacer efectivo el archivo de estas actuaciones según decisión firme de fs. 10/13.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a la cuestión planteada en la presentación de fs. 1/3, a lo manifestado a fs. 14/15 y al estado actual de las actuaciones voto en igual sentido que mis colegas preopinantes.

El juez José O. Casás dijo:

Participo de la línea de razonamiento expuesta en el voto conjunto de mis colegas los doctores Ana María Conde y Luis F. Lozano, en cuanto sostienen que la tarea de identificación de las "causales de revocatoria" postuladas por quien desea impulsar un procedimiento de revocatoria de mandato se encuentra a cargo, de manera exclusiva, de la parte interesada.

Al mismo tiempo, me permito señalar que con anterioridad, en un proceso iniciado ante el Tribunal que no fue concluido por no haberse reunido la cantidad de adhesiones exigibles, orientado a impulsar la revocatoria del mandato del por entonces Sr. Jefe de Gobierno, Dr. Aníbal Ibarra, se aceptó como causal genérica para incluir en las planillas respectivas la frase: "mal desempeño de sus funciones en relación al caso 'República Cromagnón'" (*in re* "Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos", expte. n° 3764/05 y "Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos", expte. n° 3767/2005, sentencia del 2/2/2005).

Baste lo antedicho como elemento facilitador para que el peticionante cumpla con el requerimiento previsto en el art. 6º, inc. b), de la ley 357 y precise, en el término de tres (3) días, una fórmula clara, concisa e inequívoca para el enunciado que él pretende sea incluido en las planillas, bajo apercibimiento de archivar el presente trámite.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer saber* al Sr. Roberto José Boico que en el término de tres días deberá precisar de modo inequívoco la causal de revocatoria que impulsa bajo apercibimiento de hacer efectivo el archivo de estas actuaciones.

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

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

CCXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ZUCCOLI, OSCAR LUIS MARCELO Y OTROS C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Los agravios esgrimidos remiten exclusivamente al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común no federal involucrados en el *sub examine* que, por su naturaleza, resultan extraños a la vía recursiva intentada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. No corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la arbitrariedad de su decisorio; y no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6661/09 - 3/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Cristina Bonifacio, Maximiliano Pedro Zuccoli y Federico Oscar Zuccoli interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 226/244 vta.) contra la sentencia de fecha 27/5/2010 por la que este Tribunal resolvió: "[a]dmitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.// *2.* Revocar la sentencia de la Cámara, obrante a fs. 487/500 de los autos principales y rechazar la demanda incoada.// *3.* Imponer las costas de todas las instancias a la vencida…" (fs. 206/219).

2. El recurso fue contestado por la parte demandada, quien solicitó su rechazo (fs. 247/254 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la parte actora debe ser denegado toda vez que en el caso no se ha logrado plantear una cuestión federal que habilite la instancia extraordinaria reclamada en los términos del art. 14 de la ley 48.

2. En primer lugar, se advierte que los agravios esgrimidos remiten exclusivamente al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común no federal involucrados en el *sub examine* que, por su naturaleza, resultan extraños a la vía recursiva intentada, conforme ha sostenido desde antiguo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (doctrina de *Fallos,* 270:243; 271:123; 276:364; 296:712; 297:140; 302:892; 316:424, entre otros). Ello así, en tanto se pretende que el Máximo Tribunal federal se adentre en la valoración de los hechos y la prueba rendida en autos y la interpretación de los presupuestos exigidos por la normativa infraconstitucional vigente a los efectos de determinar si en el caso corresponde atribuir responsabilidad al Gobierno local por los daños materiales sufridos por los actores con motivo de la inundación que tuvo lugar en la Ciudad a raíz del temporal acaecido el 24 de enero de 2001.

3. Por su parte, la genérica invocación de derechos y garantías constitucionales que la actora alega conculcados (derechos de defensa en juicio y de propiedad) tampoco autoriza a habilitar la vía recursiva intentada. Ello así, pues la recurrente no ha realizado ningún esfuerzo orientado a vincular argumentativamente las normas mencionadas (art. 17 y 18 de la C.N.) con la cuestión debatida ni ha controvertido los fundamentos de la sentencia sobre esa base; circunstancia que impide entender configurada la relación directa e inmediata entre tales cláusulas de la Constitución nacional y la solución del pleito, conforme lo exige el art. 15 de la ley 48.

En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la mención genérica de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal que la ley exige sólo existe cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247); situación que no se verifica en el caso. De otro modo, la jurisdicción del Alto Tribunal federal 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,* 310:2306).

4. En lo que respecta al planteo de arbitrariedad de sentencia, entiendo que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por lo demás, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Ello, desde ya, no impide recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta pues, conforme ha sostenido el Alto Tribunal federal en numerosas ocasiones, "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, 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; 323:2196, entre otros).

5. Por lo demás, los recurrentes tampoco han dado cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 1º, 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

En este sentido, se advierte que el escrito presentado supera —en varias de sus páginas— los veintiséis (26) renglones (art. 1º) y que, por su parte, en la carátula (art. 2º) no se efectúa la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i).

Además, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, los recurrentes omitieron cumplir con la exigencia del art. 3°, relativa a la introducción temporánea de la cuestión federal y su mantenimiento en las distintas instancias por las que transitó la causa (incs. *b*). Corresponde señalar que en el escrito de promoción de la demanda no se hizo referencia alguna a una posible cuestión federal en caso de una sentencia adversa (fs. 1/15 vta.) sino que recién ésta se introdujo al expresar agravios contra la sentencia de grado (fs. 48/60 vta.). Asimismo, el alegado caso federal no fue mantenido al contestar el traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 139/144 vta. y fs. 145 y vta.). Así, se advierte que el planteo que ahora se esgrime es el resultado de una reflexión tardía.

Por otro lado, los actores tampoco justificaron adecuadamente que tal cuestión fuera —como afirman— "sorpresiva" y surgiera con el fallo dictado por este Tribunal. En esa inteligencia, debieron demostrar que no podían razonablemente prever una decisión de esas características, teniendo en cuenta que, conforme tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto el progreso como el rechazo de las pretensiones de las partes son circunstancias previsibles para éstas (*Fallos,* 322:1133).

Además, la presentación de fs. 226/244 vta. no consigna "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d). Tampoco se expone allí la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, ni se demuestra que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por los apelantes con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

6. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por María Cristina Bonifacio, Maximiliano Pedro Zuccoli y Federico Oscar Zuccoli. Las costas se imponen a los vencidos, 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:

Hago míos los fundamentos expuestos en los puntos 1 a 4 del voto de mis colegas. En efecto, el recurrente no supera el nivel de una simple impugnación propia de una apelación ordinaria, y no logra ni siquiera enunciar cuestión federal alguna. En consecuencia, corresponde denegar el recurso extraordinario federal con costas. Así voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por María Cristina Bonifacio, Maximiliano Pedro Zuccoli y Federico Oscar Zuccoli, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 218, punto 4.

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

CCXVII

"PAREDES LEÓN, MAYCKOL JEAN PIERRE S/INFR. ART(S). 82, RUIDOS MOLESTOS —CC— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable. SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTRAVENCIONAL A PRUEBA: Requisitos. Principios de lesividad y de máxima taxatividad penal.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. No es posible equiparar la decisión anterior a una definitiva puesto que el recurrente no ha logrado conectar el fallo impugnado con las garantías que invoca como requeridas de tutela inmediata, circunstancia que impide advertir en qué consistiría el perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior invocado frente a una resolución que, al confirmar la sentencia de primera instancia que había rechazado la suspensión del proceso a prueba en razón de la expresa oposición del Ministerio Público Fiscal, no puso fin al proceso ni imposibilitó que aquél continuase según procede con cualquier proceso contravencional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. El art. 45 del CC fija taxativamente y para cualquier contravención, las condiciones de procedencia del instituto de la suspensión de juicio a prueba, que son la inexistencia de condenas contravencionales en los dos años anteriores al hecho que originó el proceso, y el compromiso del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que necesariamente deberían ser decomisados en caso de condena y el cumplimiento de ciertas reglas de conducta, de modo que, a diferencia del C.P., no establece ninguna excepción a la procedencia de tal instituto basada en el tipo de contravención que se investiga. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La decisión que confirmó el rechazo de la suspensión del proceso a prueba adoptada por los jueces intervinientes respecto del imputado, afecta el principio de legalidad y máxima taxatividad penal ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y lo priva de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer

mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45, CC). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 7183/10 - 3/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 21 rechazó la solicitud de suspensión del proceso a prueba efectuada por la defensa (fs. 242/243). Esa decisión fue apelada por el acusado (fs. 256/259). La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por mayoría, confirmó la decisión mencionada (fs. 271/276) y, en consecuencia, el señor defensor general adjunto interpuso el recurso de inconstitucionalidad que está agregado a fs. 304/321.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que la decisión atacada resulta equiparable a una sentencia definitiva porque impide inválidamente al imputado acceder a una vía alternativa al juicio prevista en la ley (fs. 307). Asimismo, señaló, como motivos de agravio, que la resolución de la Cámara —que calificó como arbitraria— violaba los principios de legalidad, acusatorio, republicano de gobierno y de razonabilidad, como así también su derecho de defensa y la garantía de debido proceso. Resumidamente, la defensa cuestiona que se haya denegado —sobre la base de una oposición fiscal que consideró infundada— un derecho que la ley concede al imputado.

3. La Sala III, por mayoría, declaró admisible el recurso (fs. 328/332). Al fundar la resolución, los camaristas indicaron que la decisión resulta equiparable a una sentencia definitiva y que, asimismo, la defensa puso en cuestión la interpretación dada al art. 45 frente a los principios constitucionales invocados.

4. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 341/345), propició el rechazo del recurso de inconstitucionalidad debido a que no se vinculaba a una sentencia definitiva —ni auto equiparable a tal—, ni presentaba un caso de competencia del Tribunal.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, desde el punto de vista formal, fue interpuesto conforme lo dispuesto en la ley 402. Sin embargo, ha sido mal concedido por la Cámara porque no ataca una decisión equiparable a una sentencia definitiva.

2. Este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402 ("Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. n° 3338/4, resolución del 1º/12/2004, entre otros).

A diferencia de lo apuntado por la mayoría de los distinguidos integrantes de la Sala III, en autos no es posible equiparar su decisión anterior a una definitiva puesto que el recurrente no ha logrado conectar el fallo impugnado con las garantías que invoca como requeridas de tutela inmediata, circunstancia que impide advertir en qué consistiría el perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior invocado frente a una resolución que, al confirmar la sentencia de primera instancia que había rechazado la suspensión del proceso a prueba en razón de la expresa oposición del Ministerio Público Fiscal, no puso fin al proceso ni imposibilitó que aquél continuase según procede con cualquier proceso contravencional. En otras palabras, no hay motivo alguno que justifique una intervención anticipada del Tribunal.

Más allá de los esfuerzos del recurrente por demostrar que resulta aplicable la doctrina surgida de algunos precedentes de la CSJN (entre otros, *Fallos,* 331:858, 329:4770, 331:53 y 320:2451, mencionados en su presentación), lo cierto es que esta causa no resulta análoga a aquéllas, entre otras razones, porque están referidas a otra materia y a otro instituto legal. La consecuencia que proyecta el pronunciamiento impugnado no es otra que la continuación del proceso y la eventualidad de que se lleve a cabo un juicio oral y público, que es una de las formas normales de culminación de todo proceso contravencional (conf. "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lucía, Juan Pedro s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6292/08, resolución del 18/5/2009; "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Castell, Marcial Osvaldo s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6291/08, resolución del 27/5/2009; y "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alemán, Carlos Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'", expte. n° 6470/09, resolución del 20/10/2009).

3. Lo afirmado precedentemente resulta suficiente para declarar mal concedido el recurso en análisis. Sin embargo, cabe agregar que aunque el recurrente invoca la lesión de diversas cláusulas constitucionales (v. gr. derecho de defensa, legalidad, igualdad y razonabilidad), sus agravios se limitan a expresar la discrepancia con el modo en que los jueces ejercieron el control de las condiciones para que proceda la suspensión del proceso a prueba (art. 45, CC), sin demostrar que lo actuado ponga en juego las garantías invocadas.

Por lo demás, cabe resaltar que la decisión que en definitiva aquí se pretende impugnar se basa en una interpretación completamente plausible de la ley contravencional aplicable al caso (art. 45, CC).

4. En consecuencia, sólo resta declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que está agregado a fs. 304/321.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 304/321 fue correctamente concedido por la Cámara.

2. El imputado solicitó la suspensión del proceso a prueba. Frente a dicho pedido, la Fiscalía se opuso sobre la base de la supuesta oposición que manifestarían los denunciantes con relación a esta solicitud, y a que el imputado continuaría produciendo los ruidos molestos que se le imputan. La señora jueza de primera instancia rechazó el beneficio, decisión que fue confirmada en segunda instancia. Los integrantes de la Sala III compartieron la posición de la Fiscalía que, en mi opinión, es constitucionalmente inválida.

3. El art. 45 del CC fija taxativamente y para cualquier contravención, las condiciones de procedencia del instituto de la suspensión de juicio a prueba. Esos requisitos son la inexistencia de condenas contravencionales en los dos años anteriores al hecho que originó el proceso, el compromiso del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que necesariamente deberían ser decomisados en caso de condena y el cumplimiento de ciertas reglas de conducta.

Como se ve, el Código Contravencional —a diferencia del C.P.— no establece ninguna excepción a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba basada en el tipo de contravención que se investiga.

La decisión adoptada por los jueces intervinientes respecto del imputado, afecta en consecuencia, el principio de legalidad y máxima taxatividad penal, ya que efectúa distinciones que la ley no contiene y priva al Sr. Paredes León de la posibilidad de, al menos, posponer una condena, sin hacer mención de las únicas condiciones que hubieran podido validar la resolución (art. 45, CC). En otros términos, como sucede con la negativa del fiscal interviniente, para denegar la suspensión del juicio los jueces se limitan a remitirse a razones de política criminal, que no pueden sustituir ni alterar la ley aplicable.

4. En consecuencia, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia recurrida y remitir las actuaciones a la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas a fin de que otros jueces dicten nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí decidido.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 304/321.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CCXVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'FREITES, MARIANA INÉS Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN FREITES, MARIANA INÉS Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. MEDIDA CAUTELAR: Sentencia definitiva. Subsidio habitacional. Monto de la obligación. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja por ausencia de sentencia definitiva o equiparable, en tanto la decisión cautelar que se pretende poner en crisis no especificó el monto de la obligación fijada en cabeza del GCBA —subsidio habitacional—; circunstancia que permite entender que aquella medida no ha sido plenamente dispuesta, desde que ha quedado librado a una futura decisión la previsible controversia acerca del monto que deberá desembolsar la demandada, cifra no líquida ni referida, por el momento, más que por medio de características que permiten múltiples concreciones. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. En el recurso de queja, el GCBA no logró exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Sala II de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Pese a tratarse de una medida cautelar, la sentencia recurrida debe considerarse equiparable a definitiva, por afectar gravemente el derecho de defensa de la parte demandada al no definir con claridad cuál es la conducta a adoptar por las

autoridades de la Ciudad de Buenos Aires en la ocasión respecto del otorgamiento de un subsidio habitacional, generándole una gravamen irreparable. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La falta de una condena expresada en términos concretos respecto del otorgamiento de un subsidio habitacional, disponiendo genéricamente sobre pautas de excesiva latitud e imprecisión y sin reparar en las particularidades de la causa, resultaba suficiente para descalificar el fallo como acto judicial válido y, de modo que el recurrente logró delinear un caso constitucional centrado en la arbitrariedad de sentencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT nº 7288/10 - 6/9/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mariana Inés Freites y Judith Ruth Zurkowski promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Ministerio de Derechos Humanos y Sociales (en adelante, GCBA), con el objeto de que se las incorpore —como grupo familiar— en alguno de los programas de emergencia habitacional que se encuentre vigente en el ámbito del GCBA. Plantearon, además, la inconstitucionalidad del art. 5º del dec. 960/08 y del art. 5º de la reglamentación aprobada por la resol. 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social, en tanto dichas normas se constituyesen en un obstáculo al acceso a los planes gubernamentales de asistencia habitacional o les impidiesen ejercer de modo efectivo el derecho a una vivienda digna, abarcando también, el punto referido a los montos máximos a percibir en concepto de subsidio —si de ellos resulta la imposibilidad de afrontar de manera íntegra el costo mensual de un alojamiento—. Tacharon de inconstitucionales, además, los arts. 22 y 23 de la ley 2145, en cuanto reducen los plazos para la interposición del recurso de inconstitucionalidad y de queja (fs. 36/61).

Con la demanda, las actoras solicitaron el dictado de una medida cautelar que ordenase al GCBA adoptar los recaudos necesarios para asegurarles un alojamiento adecuado o bien una prestación pecuniaria sustitutiva que les permita abonar, en forma íntegra, el valor de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se dicte sentencia definitiva y firme en el amparo.

2. La jueza de primera instancia accedió a la cautelar requerida por la parte actora. En dicho pronunciamiento, ordenó al GCBA que "…incluya en el plazo de veinticuatro horas a las accionantes, Freites, Mariana Inés y Judith Ruth Zurkowski, en el programa de subsidio habitacional creado por el dec. 690/06 y modificado por el dec. 690/08; otorgando una suma que cubra dichas necesidades de acuerdo al actual estado del mercado…" e informe al juzgado acerca del cumplimiento pormenorizado de la medida (véase fs. 2/4).

3. Contra dicho pronunciamiento, se alzó el GCBA (fs. 5/9). La parte actora, a su turno, contestó el traslado del memorial de agravios (fs. 62/68 vta.).

4. La Sala II de la Cámara CAyT rechazó la apelación deducida por el GCBA y lo condenó a que "…a través del órgano pertinente del Ministerio de Desarrollo Social (o el que en el futuro lo reemplace), adopte los recaudos necesarios a fin de que se le asigne a las amparistas un subsidio habitacional que le permita abonar —en forma íntegra— el valor de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el presente o, en su caso, cesen las circunstancias fácticas que justifican provisoriamente acceder a la tutela solicitada…" (fs. 11/12 vta.).

Para así decidir, señaló, primeramente, que se encontraban acreditados los presupuestos para el dictado de una medida precautoria: la verosimilitud en el derecho y la existencia del peligro en la demora. El primero de ellos, a juicio del *a quo*, venía acreditado por las normas de la Constitución local que "…reconocen el derecho de los ciudadanos a una vivienda" (fs. 11 vta.); y, el segundo, por las circunstancias de "vulnerabilidad" en que se hallaban las amparistas: enfermedades alegadas y certificadas, situación de calle, beneficio previsto en el dec. 690/06 oportunamente otorgado por el GCBA (lo que llevó a pensar a la alzada que la demandada había corroborado la situación de emergencia de las actoras) y percepción de un total de doscientos pesos ($ 200), tickets y subsidio AMIA, que consideró insuficientes para la subsistencia de ambas.

5. Disconforme el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 13/22 vta.). En él sostuvo que la decisión de la Cámara aun cuando no era la definitiva, resultaba equiparable a tal porque le producía un perjuicio de imposible reparación ulterior "…toda vez que las sumas abonadas de más, durante la vigencia de la medida cautelar, son de difícil recupero para la Ciudad…" (fs. 15) y porque "… la decisión cautelar apelada importa una sentencia de fondo y la Ciudad no ha sido oída…" (fs. 15 vta.), circunstancia que vulneraba su derecho de defensa en juicio y debido proceso. Adujo, también, que "…las amparistas ya habían sido incluidas en los programas de asistencia habitacional… y percibieron del GCBA la suma dispuesta en el dec. 690/07, suma máxima que contemplaba en ese entonces la norma citada. Con ese pago la ayuda habitacional reglada estaba cumplida, el programa asistencial estaba agotado por cumplimiento del GCBA" (fs. 15 vta.). Así, consideró que "el Tribunal, al apartarse de los montos previstos en el art. 3º del dec. 960/08, lo hace sin sustento alguno" (fs. 19), afectando los principios constitucionales de legalidad y división de poderes. Señaló, por otra parte, que la decisión del *a quo* resultaba insostenible porque había omitido aplicar la normativa vigente, sin siquiera pronunciarse acerca de su validez, al ordenar que se pagase a la parte actora como medida cautelar importes mayores a los previstos en el dec. 960/08. Calificó a la sentencia, por tanto, de arbitraria.

Finalmente, afirmó que la cuestión aquí debatida revestía gravedad institucional, puesto que la decisión se traducía en una afectación del patrimonio del GCBA que, a la vez, impactaba en el desenvolvimiento de sus competencias.

6. Una vez contestado por la parte actora el traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (fs. 69/86 vta.), la Cámara de Apelaciones decidió no concederlo por no constituir —el pronunciamiento recurrido (medida cautelar)— una sentencia definitiva, ni surgir de los fundamentos expuestos por el GCBA que "…el rechazo de la cautelar solicitada produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva…", extremo que no podía ser soslayado bajo la invocación de la doctrina de la arbitrariedad (fs. 91/93).

7. Frente a la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA interpuso la queja que tramita ante este Tribunal (fs. 28/33).

En apretada síntesis argumentó que el pronunciamiento cuestionado: *i)* resultaba equiparable a una sentencia definitiva, en tanto le ocasionaba un gravamen irreparable, pues nada hacía presumir que la alzada fuera a pronunciarse en forma diferente ante una futura apelación de su parte contra la sentencia de fondo y porque las sumas abonadas, con motivo de la medida decretada, eran de difícil recupero para la Ciudad; *ii)* se apartaba de la normativa vigente, sin dar razón para ello; lo que resultaba violatorio del principio de división de poderes; y *iii)* efectuaba una errónea interpretación de las normas constitucionales: el art. 31 de la CCBA y el art. 14 bis de la C.N.; conculcándose su derecho al debido proceso y defensa en juicio.

8. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició que se admita la queja articulada por la parte demandada y, haciendo lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido, se revoque la sentencia atacada, por considerar afectado el derecho de defensa del recurrente al emplear, la Cámara, una fórmula en el dispositivo que no permite definir con precisión, cuál es la conducta que deben adoptar las autoridades de la Ciudad y dentro de qué límites.

FUNDAMENTOS:

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

1. La situación planteada en autos es análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Salguero, Graciela Alejandra c/Ministerio de Derechos Humanos y Sociales y otros s/otros procesos incidentales en Salguero, Graciela Alejandra c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA)'" expte. n° 6502/08, resolución del 9/9/2009.

Más allá de las particularidades de nuestros votos, en aquella oportunidad coincidimos en que correspondía rechazar la queja incoada por el GCBA por ausencia de sentencia definitiva o equiparable, en tanto la decisión cautelar que se pretendía poner en crisis había dejado sin especificar el monto de la obligación fijada en cabeza del GCBA; circunstancia que permitía entender que aquella medida no había sido

plenamente dispuesta. Al igual que en el aludido precedente, corresponde sellar la suerte adversa de la queja intentada, en tanto aquí también ha quedado librado a una futura decisión la previsible controversia acerca del monto que deberá desembolsar la demandada, cifra no líquida ni referida, por el momento, más que por medio de características que permiten múltiples concreciones.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, no resulta ocioso recordar que las consecuencias de un apartamiento de los topes y plazos previstos para los subsidios habitacionales objeto de autos han sido recientemente examinadas por este Tribunal *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, resolución del 12/5/2010. En tal contexto, incumbe a la parte interesada requerir eventualmente en las instancias de mérito las modificaciones que estime adecuadas a la nueva situación jurisprudencial; máxime teniendo en cuenta que las decisiones de naturaleza precautoria no causan estado.

Por ello, y oído el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la queja planteada por la parte demandada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo de fs. 28/33 fue interpuesto en tiempo y forma ante el Tribunal. Sin embargo, no puede prosperar. El GCBA no consigue criticar la resolución que decidió no conceder su recurso de inconstitucionalidad.

2. Para decidir de la forma que motiva esta queja, la Sala II de la Cámara CAyT sostuvo que el pronunciamiento impugnado —por el que se había confirmado la tutela cautelar concedida en primera instancia a las actoras— no cumplía con el requisito establecido por el art. 27 de la ley 402 en tanto no se trataba de una sentencia definitiva.

Los jueces *a quo* apoyaron su decisión en jurisprudencia de la CSJN, según la cual, las resoluciones relativas a medidas cautelares —independientemente del sentido en que se pronuncien— no constituyen sentencia definitiva a los fines de habilitar su competencia extraordinaria. Asimismo, reseñaron que es criterio del Tribunal que la ley 2145 no alteró el esquema de la LPTSJ en lo que aquí es aplicable.

3. La Cámara afirmó que los tribunales citados admiten la equiparación a sentencia definitiva de pronunciamientos que no lo son, cuando la denegatoria produzca un agravio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Agregó que, en estos casos, pesa sobre el interesado la carga de invocar y demostrar esa circunstancia.

Los jueces de la Sala II sostuvieron que el demandado no había acreditado que se diera en el caso una circunstancia que autorizara a equipar a definitiva la sentencia recurrida afirmando que "pese a sus esfuerzos argumentativos, el GCBA no logra explicar cuáles son los perjuicios actuales o futuros de carácter irreparable

que considera que podría causarle la medida impugnada. En efecto, se limita a señalar que decisiones como la cuestionada pueden llegar a generar un agravio tal que, en sus efectos, las hagan asimilables a un pronunciamiento definitivo, pero no llega a vincular esa pauta excepcional con su particular situación" (fs. 25 vta.).

Por último, recordaron que el requisito 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" (fs. 26).

3. En su presentación en queja, el GCBA no logró exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Sala II de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. "Fantuzzi, José Roberto y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis causa 665-CC-00'", expte. nº 865/01, resolución del 9/4/2001).

En efecto, el demandado afirma que "[e]l recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado por la alzada, en razón de que existía cuestión constitucional suficiente…" (fs. 29), manifestación incapaz de poner en crisis el auto denegatorio que cuidadosamente precisó que la invocación de una cuestión constitucional no podía soslayar el requisito de sentencia definitiva.

A fs. 29, el GCBA sostiene que "[n]o se trata en el presente supuesto de cuestiones de hecho y prueba como entiende el Tribunal apelado. Por el contrario se encuentra en juego los alcances e interpretación de la ley 104 y puntualmente de su art. 2º". Se trata de dos afirmaciones falsas: ni la Cámara sostiene lo que el demandado le endilga, ni tiene relevancia alguna para el caso de autos el alcance e interpretación de la norma citada. Como tales, en nada pueden alterar lo decidido por lo jueces *a quo*.

El demandado señala que "[l]a resolución de la Sala II produce un gravamen irreparable a mi parte, en razón de que la resolución impugnada se equipara a sentencia definitiva" (fs. 31 vta.). Resulta un argumento autorreferencial y contiene un error conceptual: el gravamen irreparable es un requisito para autorizar la equiparación de una resolución a sentencia definitiva, y no uno que pueda ser causado por esa equiparación. Por último se refiere a una supuesta dificultad de recupero de las sumas involucradas, que no está acreditada ni constituye un supuesto de "imposible reparación ulterior".

El resto de su recurso directo es una reiteración de la estrategia argumental planteada ante instancias anteriores.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Tal como lo señalan mis colegas Lozano y Casás, la situación planteada en autos es análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Salguero, Graciela Alejandra c/Ministerio de Derechos Humanos y Sociales y otros s/otros procesos incidentales en Salguero,

Graciela Alejandra c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'" expte. n° 6502/08, resolución del 9/9/2009.

En aquella oportunidad, señalé que la sentencia recurrida debía considerarse equiparable a definitiva, pese a tratarse de una medida cautelar, por afectar gravemente el derecho de defensa de la parte demandada al no definir con claridad cuál es la conducta a adoptar por las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires en la ocasión, generándole una gravamen irreparable. Al analizar el recurso de inconstitucionalidad, sostuve que la falta de una condena expresada en términos concretos, disponiendo genéricamente sobre pautas de excesiva latitud e imprecisión y sin reparar en las particularidades de la causa, resultaba suficiente para descalificar el fallo como acto judicial válido y, por ello, entendí que el recurrente había logrado delinear un caso constitucional centrado en la arbitrariedad de sentencia. En consecuencia, voté haciendo lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos, revocando la sentencia impugnada y mandando dictar un nuevo pronunciamiento.

No existe motivo para apartarme de este criterio en esta oportunidad, desde que, como ya lo he dicho, la situación resulta análoga a la señalada en el precedente mencionado.

2. No obstante, corresponde señalar que con fecha 12/5/2010, este Tribunal ha dictado sentencia en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, en la cual, por mayoría, ha fijado doctrina en materia de subsidios habitacionales. De tal modo, las pautas allí establecidas no podrán dejar de ser consideradas, en lo que sea pertinente, al dictarse el nuevo pronunciamiento que aquí se dispone.

En consecuencia de lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad deducidos por el GCBA, e imponer las costas por su orden (art. 14, CCBA), *b)* revocar la sentencia impugnada y *c)* devolver el expediente a la Cámara, para que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas en el expediente mencionado en el punto 2.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: A*na María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

CCXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CAPASSO, CARLOS OSCAR C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional e inexistencia de arbitrariedad—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Los argumentos desplegados por el recurrente para intentar sostener sus agravios no alcanzan a exponer cuestión constitucional alguna, sino tan sólo una discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración que dicho tribunal hizo de los hechos relevantes del caso, las constancias de autos, las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para resolver la pretensión, cuestiones todas ellas que, por regla, resultan ajenas al ámbito de la vía del recurso de queja (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. Los desarrollos recursivos orientados a reafirmar la improcedencia de la vía del amparo para canalizar la pretensión objeto de autos, resultan inconducentes para lograr la apertura del recurso de queja, en tanto el GCBA no alcanza a demostrar de manera acabada que se hubiera afectado su derecho al debido proceso, pues no indica concretamente qué pruebas se vio privado de producir o qué defensas o planteos se vio impedido de oponer a los fines de mostrar la seriedad de su objeción. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 7099/10 - 8/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Carlos Oscar Capasso promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Secretaría de Educación (en adelante GCBA), con

el objeto de que se ordenase a dicha Secretaría que se abstuviera de continuar con la implementación del concurso para el cargo de supervisor docente, dejase sin efecto la convocatoria al concurso de ascenso del CEPA (Centro de Pedagogías de Anticipación) y estableciese que corresponde la implementación del llamado a concurso a la Junta de Clasificación Media V (fs. 1/9).

2. El juez de primera instancia —una vez producido el informe por el GCBA (fs. 10/13 vta.)— resolvió "…*1.* Hacer lugar a la acción de amparo incoada por D. Carlos Oscar Capasso, en los términos indicados en el considerando V, con costas". En el considerando al que se remite, a su vez, ordenó "…al Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abstenga de continuar con la implementación del concurso docente para el cargo de Supervisor Docente de Enseñanza Técnica, dejando sin efecto la convocatoria al curso de ascenso hasta la oportunidad en que se implemente el llamado a concurso con jurisdicción única de la Junta de Clasificación Media V" (fs. 14/16).

Para así decidir, el juez de grado sostuvo que "…conforme las constancias obrantes en autos surge que el actor se desempeña en forma interina en el cargo de Supervisor en la Región V, por cuanto admitir que la Junta de Clasificación docente Media II, elabore un listado único de orden de mérito para el referido cargo docente, mezclándolo conjuntamente con los de la Junta de Clasificación Media V, resulta ser a todas luces, arbitrario, ilegítimo y contrario a las normas estatutarias. Que de admitirse un listado único de orden de mérito con personal docente de las Áreas Media II con los de la Región V, se estaría afectando el derecho a la carrera, al reconocimiento de los antecedentes de los aspirantes y de las respectivas nóminas que individualmente debieran conformarse a fin de posibilitar el ingreso, los ascensos, la acumulación de cargos, etc., mecanismo éste que de ser burlado violentaría un procedimiento claramente reglado —art. 6º inc. d), ord. 40.593".

3. Contra dicha decisión se alzó el GCBA (fs. 18/21 vta.). Centró sus agravios en que: *a)* no se configuraba un supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas; por tanto, la vía escogida resultaba improcedente; *b)* la sentencia recurrida efectuaba un análisis incompleto y equivocado de la normativa aplicable a la situación de la parte actora; y *c)* el cargo concursado resultaba común a las áreas Educación Técnica y Media, de allí que las Juntas de Clasificaciones II y V actuasen en forma conjunta; circunstancia que, a criterio del apelante, permitía desechar de plano toda eventual invasión de competencia de la Junta II.

4. Una vez contestados por la parte actora los agravios planteados por el GCBA (fs. 55/59), la Sala I de la Cámara CAyT decidió "…*1)* Rechazar el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. *2)* Las costas de la alzada se imponen a la demandada vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 14, CCBA; 28, ley 2145 y 62, CCAyT)…" (fs. 22/29).

Al respecto, consideró que: *i)* la vía elegida era procedente, en atención a los precedentes a los que hizo referencia y a que "el actor alega la ilegalidad manifiesta

de la resol. 839/SED/05 por contrariar las disposiciones de la ordenanza 40.593 y su reglamentación, situación que, además, en forma actual o inminente, le ocasiona una amenaza a sus derechos laborales, de propiedad y de igualdad. Pero más aún, también sostiene la configuración de la ilegalidad manifiesta en el hecho de que la demandada haya convocado a concurso conforme una lista única de aspirantes para el área de Educación Media y Técnica, siendo que los listados a utilizar deben ser confeccionados por diferentes Juntas de Clasificación, circunstancia que, a su entender ha sido desatendida por la Administración e importa desaplicar las disposiciones legales vigentes…"; *ii)* existía un cargo de Supervisor para el subárea Media y otro para el subárea Técnica; y en cuanto al ascenso de los supervisores del área Técnica, era competente la Junta de Clasificación Media Zona V; *iii)* ninguna norma preveía la posibilidad de que —en forma concurrente— las juntas de clasificación correspondientes a las subáreas media y técnica pudiesen efectuar un listado único a los fines de un concurso para el cargo de supervisor docente del área técnica, ni tampoco ello podía resultar de una derivación razonada de los preceptos aplicables a la materia ni de las constancias agregadas a la causa; *iv)* el ordenamiento vigente no admitía la actividad concurrente de las Juntas de Clasificación Docente II y V respecto del concurso que dio origen a esta causa; por lo que la realización de una sola lista de aspirantes de diferentes subáreas de la educación que, además, quedaban bajo la jurisdicción de distintas Juntas de Clasificación, transgredía la letra expresa de la ordenanza 40.593; *v)* la circunstancia de conformar una lista única con docentes que pertenecen a diferentes Juntas de Clasificación y, por ende, a diferentes especialidades, importaba transgredir el derecho constitucional a la carrera administrativa, derecho fundamental que subyacía y confluía con otros derechos fundamentales (derecho a la igualdad, derecho al desarrollo integral, humano y económico, derecho al más alto nivel de calidad de la enseñanza, derecho a la jerarquización profesional y a una retribución acorde), lo que reforzaba la conclusión acerca de la procedencia del amparo iniciado; y *vi)* el hecho de que en el concurso pudieran admitirse como participantes, docentes que pertenecían a otros sectores, configuraba un perjuicio que coadyuvaba a que se tuviera por configurada la procedencia del amparo, toda vez que importaba el aumento del número de postulantes sin el correspondiente aumento del número de cargos.

5. Frente a ello, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 30/38).

Calificó de arbitrario el pronunciamiento impugnado. Señaló, además, que el decisorio recurrido afectaba directamente la garantía constitucional del debido proceso, con evidente agravio de su derecho de propiedad y la división de poderes ínsita en el sistema republicano de gobierno, al contener una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA, apartarse manifiestamente del régimen legal aplicable al caso y las constancias de autos y afectar elementales atribuciones administrativas relacionadas con la organización de sus propias estructuras, con la promoción del personal docente y la modalidad concursal implementada por su parte. Argumentó que aquí se concitaba una cuestión eminentemente opinable, en la que se presentaban distintas interpretaciones de un mismo sistema jurídico, sin que la esbozada por la

Administración pudiese ser tildada de arbitraria, ilógica o absolutamente carente de sustento normativo. Objetó, también, que el *a quo* hubiera omitido aplicar al caso lo decidido por este Tribunal en el precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia de fecha 29/11/2006; y que su parte hubiera tenido que ceñir su prueba y ajustarse a los plazos exiguos previstos para la acción de amparo iniciada, pues tratándose de una demanda especialmente compleja, en la que concurrían cuestiones de apreciación técnica, dado que el cargo objeto de concurso era común a las Áreas de Educación Media y Técnica, ello conculcaba su derecho de defensa. Apuntó que el pronunciamiento dictado por la alzada prescindió de las especiales características del llamado a concurso que fuera materia de debate, desde que las competencias resultaban concurrentes tanto para la Junta II como también para la Junta de Clasificación V, por cuanto el cargo a concursar resultaba común a las áreas de Educación Media y Técnica. Sostuvo que "…si esta sede judicial interfiere en el proceso de evaluación que nos ocupa, efectuando una apreciación inherente a la oportunidad y conveniencia de la conformación de un mecanismo evaluador, el ejercicio real de la potestad no pertenece al Ejecutivo…". Por último, acotó que lo expresado daba cuenta de la trascendencia institucional de las cuestiones que planteaba.

6. La Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió no conceder el recurso incoado por entender que: *1)* no se había logrado exponer, con la fundamentación y precisión debidas, un caso constitucional que justificase la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27 de la ley 402; *2)* no se configuraba un supuesto de sentencia arbitraria; *3)* no resultaba aplicable al caso, el precedente recaído en la causa "Akrich", dictada por este Tribunal (ya citada), dado que en ella se trataba una situación fáctica diferente a la debatida en autos; y *4)* correspondía el rechazo de la violación al principio de división de poderes aducida, con sustento en lo decidido por este Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fullone, Mirta Susana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 3101/04, sentencia de fecha 17/11/2004 (fs. 40/41 vta.).

7. Disconforme el GCBA, presentó recurso de queja (fs. 43/51 vta.).

Reiteró consideraciones efectuadas en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad pertinente y calificó de arbitrario el pronunciamiento impugnado. Señaló, en relación a la no concesión del remedio extraordinario intentado, que "…su simple lectura revela la escasa atención puesta en el recurso interpuesto y su rechazo en virtud de consideraciones meramente rituales y formularias…"; que se limitaba a descartar la arbitrariedad invocada, sin hacerse cargo de los motivos reales y concretos que dieron lugar a su planteo; y que los argumentos vertidos por la alzada para no conceder el recurso, constituían manifestaciones genéricas y ritualistas, carentes de sustento objetivo y basadas tan solo en la subjetiva voluntad de los sentenciantes.

8. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja articulada por la demandada, principalmente, porque no se demostraba la existencia de un caso constitucional, ni se acreditaba la vulneración de derechos constitucionales que tornasen improcedente la vía de amparo escogida (fs. 63/65).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA fue deducida en tiempo y forma (art. 33, ley 402); sin embargo, no puede prosperar.

2. En primer término debe señalarse que la queja deducida no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— 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.), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional e inexistencia de arbitrariedad—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (doctrina de *Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En efecto, las consideraciones que llevaron a la Cámara a decidir el rechazo del recurso incoado a fs. 40/41 vta. de los autos principales no han sido abordadas de manera concreta por el GCBA al interponer su queja. Ello así, en tanto el interesado, en esta última oportunidad, se ha limitado a reeditar —sin otro aditamento sustancial— los argumentos vertidos en el mencionado recurso de inconstitucionalidad.

En suma, el remedio intentado carece de la necesaria crítica de los ejes argumentales que dieron sustento a la decisión denegatoria del *a quo* —de los que ya se ha dado cuenta en el punto 6 del "resulta".

Ello basta para decidir el rechazo de la queja interpuesta.

3. Más allá de tener en cuenta que la queja incoada en el presente caso, como se dijo, sólo reedita los agravios esbozados en el recurso de inconstitucionalidad sin criticar de manera acabada las razones por las que se denegó el acceso a esta instancia de revisión excepcional, lo cierto es que, de todos modos, en ninguna de las dos intervenciones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

Los argumentos desplegados por el recurrente para intentar sostener sus agravios no alcanzan a exponer cuestión constitucional alguna, sino tan sólo una discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración que dicho tribunal hizo de los hechos relevantes del caso, las constancias de autos, las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para resolver la pretensión

—ordenanza 40.953 y su reglamentación, ley 2142, dec. 923/97— y el acto cuestionado —resol. 839/SED/05— cuestiones todas ellas que, por regla, resultan ajenas al ámbito de la vía recursiva intentada (art. 27, ley 402). Cabe advertir que si bien la mentada resolución no fue acompañada a la queja y tampoco publicada (según se consigna en el Sistema de Información Normativa del GCBA) no existe controversia entre las partes en relación a su existencia y al tenor de su contenido.

Tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA afirma de modo genérico la violación de derechos, garantías y principios de raigambre constitucional —entre otros: debido proceso, propiedad, división de poderes—, sin establecer la adecuada correspondencia entre las afectaciones que se dicen conculcados y el contenido específico de la sentencia recurrida, ni rebatir concretamente sobre esa base cada uno de los fundamentos del decisorio impugnado.

Al respecto, cabe recordar que la referencia ritual de 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. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

4. Por lo demás, es oportuno advertir que los desarrollos recursivos orientados a reafirmar la improcedencia de la vía del amparo para canalizar la pretensión objeto de autos, también resultan inconducentes para lograr la apertura del remedio intentado. Ello así, en tanto el GCBA, en este caso concreto, no alcanza a demostrar de manera acabada que se hubiera afectado su derecho al debido proceso, pues no indica concretamente qué pruebas se vio privado de producir o qué defensas o planteos se vio impedido de oponer en la presente causa a los fines de mostrar la seriedad de su objeción.

5. Más allá del acierto o error del razonamiento efectuado por los jueces de la causa para decidir como lo hicieron (fs. 22/29), entiendo que los argumentos esgrimidos por el GCBA no alcanzan para acreditar la *arbitrariedad* de la decisión objetada, sino que sólo trasuntan su discrepancia con ella. Ciertamente, las objeciones del Gobierno local no logran desvirtuar el argumento central del decisorio objeto del recurso: el cargo a concursar —conforme la normativa aplicable— no era común a las subáreas Media y Técnica, por lo que no cabía la posibilidad de que —en forma concurrente— las juntas de clasificación correspondientes a dichas subáreas pudiesen efectuar un listado único a los fines de un concurso para el cargo de supervisor docente del área técnica.

Como se ha sostenido de manera reiterada, 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. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

6. Finalmente, el GCBA alude a la *trascendencia institucional* que —a su criterio— involucraría esta cuestión (fs. 37 vta.). Sin embargo, las consideraciones que la parte formula en este sentido no resultan suficientes para tenerla por configurada, desde que no se advierte concretamente —ni fue puesto de manifiesto por el recurrente— de qué manera la decisión recaída en estas actuaciones incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde desestimar la queja interpuesta a fs. 43/51 vta.

Así lo voto.

Los jueces 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:

Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 43/51 vta.).

Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo que no se verifica en la causa.

El quejoso sostiene que el auto denegatorio exhibe "manifestaciones genéricas y ritualistas, carentes de sustento objetivo" (fs. 50 vta.).

Dichas afirmaciones no fueron acompañadas de una explicación que las justifique y, por tanto, se tornan insustanciales.

En consecuencia, voto por rechazar la queja que dedujera el GCBA a fs. 43/51 vta.

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 por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CCXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GONZÁLEZ, ALEJANDRO DANIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y de derecho procesal. Deserción del recurso de apelación. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. Los planteos esgrimidos por el GCBA trasuntan su discrepancia con la resolución de la Sala II que declaró desierto su recurso de apelación —por considerar que la mencionada pieza recursiva no contenía una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia— mas no logran demostrar que el tribunal *a quo* haya incurrido en arbitrariedad o en un injustificado rigor formal incompatible con su derecho de defensa. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Las objeciones que remiten únicamente a cuestiones de hecho y de índole procesal no permiten habilitar la instancia recursiva extraordinaria. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Las decisiones que declaran inadmisible un recurso por no haber sido articulado diligentemente, no son pasibles de ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad, debido a que no constituyen una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SACAyT nº 7274/10 - 8/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alejandro Daniel González promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto que se impidiese su separación de los cargos de "profesor no titular en horas cátedra" ejercidos en las Escuelas de Educación Técnica Nº 34 del D.E. 9º y Nº 14, del D.E. 5º y se ordenase al GCBA abonar los salarios que hasta la fecha se mantenían impagos.

Asimismo, requirió que judicialmente se declarase que el cargo por él desempeñado en el área de educación no formal (Centro Venezuela) tenía una carga horaria de quince horas reloj semanales, a diferencia del criterio adoptado por la

demandada mediante la disposición 116-DGDE-05 consistente en computar para tal cargo la carga horaria de treinta y cinco horas reloj semanales (fs. 2/5).

2. Al contestar el traslado de la demanda, el GCBA solicitó su rechazo (fs. 6/13 vta.). Sostuvo la improcedencia, tanto formal como sustancial, de la vía elegida.

3. La jueza de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo incoada y ordenó "…al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que considere que la carga horaria del actor en el cargo desempeñado en el 'Centro Venezuela' es de 15 horas reloj semanales, y además, abone los salarios que se encuentren impagos al día de la fecha, con más los intereses correspondientes que deberán calcularse conforme se dispuso en el considerando V./ *II.* Imponer las costas a la vencida (art. 62 del CCAyT)…" (fs. 15/16 vta.).

4. Disconforme con lo decidido, se alzó el GCBA (fs. 17/20). En lo que aquí importa, centró sus agravios en que el decisorio atacado soslayaba abiertamente toda referencia a la viabilidad de la acción de amparo iniciada.

5. Contestado por el actor el traslado del memorial presentado por el GCBA (fs. 44/46 vta.), la Sala II de la Cámara CAyT resolvió "…Declarar desierto el recurso de apelación incoado, con costas…" (fs. 21 y vta.).

Para así decidir, consideró que la apelación interpuesta no atacaba ni refutaba el decisorio en cuestión, sino que se limitaba a manifestar su disconformidad de manera genérica. Concluyó, por tanto, en que correspondía declarar desierto el recurso intentado "…al no haberse siquiera expresado un agravio que habilite la intervención de este Tribunal…".

6. Contra dicha declaración, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 25/32 vta.). En lo que aquí interesa, sostuvo que, a su criterio, no se encontraban reunidos los extremos habilitantes del amparo; circunstancia que afectaba directamente las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio de su parte.

7. Una vez contestado por el actor el traslado del recurso de inconstitucionalidad presentado por el GCBA (fs. 47/48), la Cámara de Apelaciones resolvió declararlo inadmisible e imponer las costas a la vencida (fs. 23/24 vta.). En aquella oportunidad, consideró que las cuestiones tratadas se vincularon a la interpretación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional, y que la decisión adoptada aparecía precedida de adecuada fundamentación. En cuanto a las garantías y principios constitucionales invocados por el GCBA, señaló que éstos "…han sido enunciados por el recurrente de manera vaga y desprovistos de todo contexto predicable al *sub lite*…". Finalmente, la alzada apuntó que "…más allá de la circunstancia de que el recurrente discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido…".

8. Frente a ello, el GCBA dedujo el recurso de queja que tramita ante este Tribunal (fs. 34/42).

9. El señor fiscal general adjunto, al dictaminar, opinó que la queja intentada debía ser rechazada (fs. 57/59).

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja deducida a fs. 34/42 no puede prosperar puesto que, en mi concepto, la parte demandada no ha logrado demostrar que la cuestión planteada en el *sub examine* verse sobre la interpretación o aplicación de normas de naturaleza constitucional, conforme lo exige el art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

2. En efecto, los planteos esgrimidos por el GCBA trasuntan su discrepancia con la resolución de la Sala II que *declaró desierto* su recurso de apelación —por considerar que la mencionada pieza recursiva no contenía una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo deducido por el Sr. Alejandro Daniel González— mas no logran demostrar que el tribunal *a quo* haya incurrido en arbitrariedad o en un injustificado rigor formal incompatible con su derecho de defensa. Desde esta perspectiva, y más allá del acierto o error de la decisión adoptada, la recurrente no logra poner en evidencia que la Cámara CAyT haya excedido el límite de las facultades que le son propias.

Así las cosas, las objeciones formuladas no permiten habilitar esta instancia recursiva extraordinaria en tanto remiten únicamente a cuestiones de hecho y de índole procesal. En este punto resulta oportuno recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosos precedentes que "lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario (conf. *in re* "Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina —Poder Judicial de la Nación—", sentencia del 7/12/1988, *Fallos,* 311:2629; véase idéntica doctrina en *Fallos,* 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, doctrina que resulta aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Por lo demás, debe destacarse que tanto en esta oportunidad como al deducir el recurso de inconstitucionalidad la demandada básicamente ha focalizado sus esfuerzos en desarrollar argumentos vinculados con las cuestiones dilucidadas en la sentencia de primera instancia. En particular, se advierte la reiteración de planteos efectuados al momento de contestar la demanda o al expresar sus agravios contra la decisión que hizo lugar al amparo incoado, orientados a señalar la inexistencia en el caso de los requisitos formales y sustanciales exigidos por el art. 14 de la CCBA para el andamiento de la acción de amparo; como así también de aquellos dirigidos a sostener que el cargo desempañado por el actor en el área de educación no formal era uno de índole administrativo, de contenido no docente, y por ende, no alcanzado por el régimen normativo especial previsto en la ordenanza 40.593.

Sin embargo, tales desarrollos no guardan relación directa e inmediata con el pronunciamiento que ahora se pretende poner en crisis —que, como se dijo, *declaró desierto* su recurso de apelación y, en consecuencia, no ingresó al tratamiento de los argumentos que sustentan la pretensión de fondo— y acarrean para el caso una confusión decisiva sobre el objeto del recurso de inconstitucionalidad deducido —que necesariamente debía demostrar agravios de naturaleza constitucional emergentes de la ya referida declaración de deserción del recurso de apelación.

4. En suma, la recurrente no ha logrado conectar el agravio que aduce le provoca la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT con un motivo de impugnación de carácter constitucional, sin que a tal fin baste la cita de diversas normas de tal jerarquía. En este sentido, ya se ha expresado que la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente para habilitar la vía recursiva ante este estrado 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. este Tribunal *in re* "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).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuesta por la parte actora a fs. 34/42 vta.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, pero éste no puede prosperar.

2. Comparto lo expresado por el juez Casás en el punto 2 de los fundamentos de su voto, entiendo que esos argumentos sellan la suerte del recurso y, por consiguiente, esa impugnación resulta improcedente. Las costas deben imponerse al vencido. Así voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Es doctrina recibida aquella según la cual las decisiones como la que aquí se viene recurriendo, esto es, aquellas que declaran inadmisible un recurso por no haber sido articulado diligentemente, no son pasibles de ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad, debido a que no constituyen una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 (conf., *mutatis mutandi, Fallos,* 261:420; 326:1382, 2414, entre muchos otros; doctrina receptada en mi voto *in re* "GNC S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GNC S.A. c/GCBA s/impug-

nación actos administrativos'", expte. nº 6039/08, sentencia de este Tribunal del 11/3/2009, entre muchos otros); regla a la que el GCBA no muestra que corresponda hacer excepción en el *sub lite*.

Por ello, oído lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la presente queja.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CCXXI

"MANTELECTRIC ICISA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MANTELECTRIC ICISA C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS: Naturaleza. Atribuciones. POTESTAD SANCIONATORIA: Multa. Naturaleza. Jurisdicción administrativa. Aplicación de las garantías del derecho penal. SERVICIOS PÚBLICOS: Poder de policía. Protección de los derechos de usuarios y consumidores.

En sus votos los señores jueces reiteran los fundamentos vertidos en el expte. nº 6588/09 "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", sentencia del 10/3/2010, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. El art. 138 de la CCBA, además de crear al Ente Único Regulador de Servicios Públicos con rango constitucional, define su finalidad y objeto con idéntica

jerarquía, y le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La ley 210 incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al Ente previsto en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en ese precepto constitucional, de modo que abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del contrato frente a incumplimientos del contratista y, a diferencia de las penas que ostentan carácter general, se trata de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas, entre estas últimas, la de afrontar sanciones frente al incumplimiento comprobado de prestaciones asumidas mediante el contrato. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El constituyente atribuyó al EURSP el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 de la CCBA) y, a su turno, el legislador —en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1º, de la CCBA le confiere—, dictó la ley 210 que incluyó como funciones de ese ente el control de los contratos de concesión, el ejercicio de la jurisdicción administrativa, la regulación del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones por violaciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios y, finalmente, identificó al Directorio del Ente como su autoridad de aplicación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Aunque asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las potestades jurisdiccionales no se agotan en la resolución de controversias pues, también incluirían la imposición de sanciones de carácter retributivo, lo cierto es que la actora no brinda argumento alguno para rebatir la interpretación asignada al art. 22 de la ley 210 como fuente de la atribución para aplicar sanciones orientadas a resguardar el cumplimiento del contrato, frente a situaciones en las que las anomalías comprometen la seguridad en la prestación de un servicio público, lo que coloca al concesionario en una posición que lo distingue de la población general y le reporta obligaciones y beneficios diferenciados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Una vez conferida al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada, y por tanto, no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal, porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario, a la vez que en ese marco la sanción no reviste carácter retributivo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El pliego del contrato de concesión prevé que la dirección y el control de la ejecución del contrato está a cargo de la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA, y la inspección a que aluden estas bases de contratación está a cargo de agentes que revistan en la Dirección General de Servicios Públicos, la que se ejerce *per se* o a través de las delegaciones que se establezcan de conformidad con la descentralización administrativa y operativa de la Ciudad, incorporada en la

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de modo que frente a ello, el EURSP instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo (art. 138 de la CCBA) no parece *a priori* como un sujeto ajeno a las previsiones contempladas en el propio pliego. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Dado que las multas contractuales impuestas por el EURSP son parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato, cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía referida a la superposición de competencias, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Al margen de la conveniencia o idoneidad del régimen adoptado por el art. 138 de la CCBA, reglamentado por la ley 210, al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles, desde que sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), cuando la segunda sanción viniera instada por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resolución sancionatoria del EURSP y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Cámara y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. El recurso de la parte actora versa sobre la interpretación de los hechos de la causa, la prueba producida, y las normas infraconstitucionales aplicables al caso, cuestiones son ajenas, por vía de principio, a la competencia extraordinaria del TSJBA mediante esta vía impugnatoria extraordinaria intentada por el accionante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. A partir de la entrada en vigencia de la ley 210 (norma posterior y superior a los pliegos de bases y condiciones que rigieron la contratación) resulta incuestionable la competencia del EURSP para controlar el servicio público prestado por la contratista (conf. art. 2º, inc. b) ley local 210), y para aplicar las correspondientes sanciones ante sus incumplimientos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Las cuestiones que discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este estrado no resultan atendibles si la actora únicamente postula una exégesis diferente de normas de naturaleza infraconstitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. No puede admitirse el agravio de la actora dirigido a que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que el Directorio del EURSP

carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma expresa en el art. 11 de la ley 210 y la falta del competencia del Directorio para dictar la resolución que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del Ente—, efectuado a través de manifestaciones que sólo expresan su discrepancia con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la alzada en este punto. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. La cuestión referida a la operatividad de la ley 210 no plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, pues el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas de la aludida ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos, contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. Las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal no habilitan la instancia recursiva ante este estrado puesto que la recurrente no ha demostrado que la sanción aplicada por el EURSP posea naturaleza represiva; máxime teniendo en cuenta que esas facultades administrativas ejercidas en el caso surgirían a partir del régimen de especial sujeción al cual se sometió la empresa recurrente a través del contrato de concesión. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6882/09 - 8/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mantelectric ICISA (en adelante, "Mantelectric") dedujo recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad contra la resol. 2/EURSP/CABA/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el "Ente") que le aplicó una multa de $ 71.450,00 (setenta y un mil cuatrocientos cincuenta pesos), correspondiente a 5.200 puntos de penalidad por el incumplimiento en los plazos máximos para la reparación de la columna 1/4 de la calle Tacuarí 173 (fs. 5/19).

La accionante relató que resultó adjudicataria de la licitación nº 93/97 para el mantenimiento del alumbrado público y que había venido efectuando los trabajos correspondientes sin recibir sanción alguna por parte del GCBA. Solicitó que se declarase la nulidad del acto administrativo atacado por presentar vicios en la competencia, la causa, el objeto y el procedimiento. Y afirmó:

i) que el art. 11 de la ley 210 no asigna en forma expresa facultades sancionatorias al Directorio del Ente;

ii) que el procedimiento de solución de controversias y sanciones establecido en la resol. 28/GCABA/EURSP/01 no le es aplicable porque fue dictado sin que una norma previa autorizara al Directorio del Ente a disponer un procedimiento de esas características;

iii) que únicamente el Gobierno de la Ciudad podría imponerle sanciones;

iv) que en virtud de lo dispuesto en la cláusula transitoria quinta de la ley 210, "(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA" (fs. 8 vta.);

v) que el art. 20 de la ley 210 "otorgó competencia jurisdiccional a un organismo administrativo en abierta contraposición con la garantía del juez natural prevista en el art. 18 de nuestra C.N., el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12 incs. 5º y 6º y art. 13 inc. 3º y concordantes de la CCBA" (fs. 7 vta.);

vi) que la reparación mencionada en la resol. 02/EURSP/CABA/07 fue realizada dentro de los plazos contractuales establecidos al efecto;

vii) que la documentación aportada por la empresa tiene tanta fuerza probatoria como las actas de fiscalización emitidas por el Ente; y

viii) que la sanción impuesta resulta arbitraria, desproporcionada y excesiva.

2. A fs. 20/22 vta. obra copia de la contestación de traslado por el Ente del recurso de apelación judicial que diera origen a estos actuados.

En relación con el planteo vinculado con la falta de facultades sancionatorias, el Ente se refirió al art. 138 de la CCBA, y a los arts. 2º inc. b) y 3º incs. a), b), e), i), y l) de la ley 210.

Por otra parte, el demandado señaló que la documentación presentada por su contraria no se encontraba rubricada por el GCBA ni tenía hojas numeradas en forma correlativa como lo exige el Pliego de Condiciones.

Finalmente, el accionado destacó el incumplimiento en los plazos máximos establecidos por el pliego para la reparación —24 hs— cuando ella ocurrió, según afirma, luego de transcurridos 6 días.

3. La Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad resolvió (fs. 31/37 vta.): "*I.* Revocar parcialmente la multa impuesta. *II.* Ordenar al Ente a que presente liquidación en los términos expuestos en el punto 4.4 de los considerandos. *III.* Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 62, CCAyT)...". La jueza Nélida Mabel Daniele adhirió al voto del juez Eduardo Ángel Russo.

a) En primer lugar, el vocal Russo trató el agravio vinculado con la supuesta incompetencia del Ente por falta de facultades sancionatorias.

A ese respecto se citaron las siguientes normas:

i) el art. 138 de la CCBA, que establece que el Ente, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal que ejerce "el control, seguimiento y

resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto";

ii) el art. 2º inc. b) de la ley 210, en el que se incluye al alumbrado público y señalamiento luminoso como uno de los servicios públicos alcanzados por sus disposiciones (la ley 210 reglamentó los arts. 138 y 139 de la CCBA referidos al Ente); y

iii) los incs. b), e) y l) —entre otros— del art. 3º de la ley 210, en los que se enumeran ciertas funciones del Ente: "[c]ontrolar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios" (inc. b); "[c]ontrolar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones" (inc. e); "[r]eglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso" (inc. l).

A partir de ello, en la sentencia se sostuvo que "[l]o expuesto precedentemente, concluye en la idea que el Ente posee amplias facultades de control respecto del servicio que brinda la empresa actora, con relación al cumplimiento de los contratos y para aplicar las sanciones que correspondan por violación a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales..." (fs. 32 vta.).

Por otra parte, se dijo (fs. 32 vta.):

i) que si bien es cierto que aquella facultad no se encuentra enumerada en forma expresa, no lo es menos que el inc. i) del mencionado art. 11 (ley 210) prevé entre las funciones del Directorio del Ente, la de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley";

ii) que "[a]l detallarse dentro de las funciones y objetivos del Ente las facultades de control mencionadas respecto de los contratos de concesión, se puede claramente deducir la competencia de la demandada en la aplicación de sanciones por sus violaciones y su facultad de reglamentar el procedimiento para ello, y por ende, para dictar el acto recurrido por la actora";

iii) que "[u]na interpretación diferente a la expuesta, tendría como efecto vaciar de contenido la extensa enumeración de funciones y objetivos que realiza la norma en sus arts. 2º y 3º"; y

iv) que "[p]or iguales fundamentos corresponde interpretar que la resol. 28/EURSP/01 que regula el procedimiento de controversias y sanciones del Ente, ha sido dictada dentro del ámbito de su competencia ya que es una

facultad mencionada expresamente por la ley 210 en su art. 3º, inc. l) y tiene una relación directa con las funciones asignadas al Directorio del Ente en el art. 11, inc. i), que tiene carácter residual y amplio a fin de que el Directorio pueda cumplir todos los objetivos y funciones de *(sic)* establece la propia ley".

Por lo demás, tampoco se admitió el planteo relacionado con la alegada superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad. Ello, por estar presentado como una manifestación meramente genérica, por tratarse el Ente de una persona jurídica autárquica, con independencia funcional y legitimación procesal instituida en el ámbito del Poder Ejecutivo, y por no haberse alegado una doble sanción por el mismo hecho.

b) Por otro lado, se desestimó el agravio vinculado con la inconstitucionalidad de la facultad jurisdiccional del Ente alegada por Mantelectric. Explicó que "(...) la sanción que cuestiona la actora en esta instancia no le fue impuesta como consecuencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, ya que no se trató de ningún tipo de solución de controversia, sino en virtud de la potestad sancionatoria de dicho organismo, prevista en los arts. 22 y ss. de la ley" (fs. 33);

c) Asimismo, se consideraron improcedentes las manifestaciones de la actora en relación con la cláusula transitoria quinta de la ley 210. La sentencia expresó (fs. 33 vta. y 34):

i) que "(...) no puede pretenderse que la aplicación de la ley 210 quede supeditada en su vigencia al envío de la compilación de las normas referidas a los servicios públicos a fin de establecer su régimen jurídico para la aplicación por parte del Ente";

ii) que "[s]e trata de una cláusula que tiende facilitar la actuación de la accionada, no obstaculizarla, por lo tanto en ningún supuesto podría interpretarse que las facultades sancionatorias quedaran supeditadas a esa cláusula cuando ello no surge expresamente de su letra"; y

iii) que "ante la ausencia de previsión expresa en contrario respecto de su vigencia, corresponde concluir que se rige por las normas generales (8 días a partir de su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Civil).

d) Respecto del pedido de nulidad del acto atacado, el pronunciamiento, meritó las actuaciones administrativas, la documentación acompañada por Mantelectric y la declaración testimonial de los Sres. Vedia y Tambasco. No tuvo en cuenta para su análisis la prueba pericial por considerar que no aportó ningún elemento relevante.

Sostuvo, que tal como lo establece el art. 22 de la resol. 28/GCBA/EURSP/01 (reglamentaria de la ley 210), las actas, inspecciones y comprobaciones técnicas son prueba suficiente de los hechos a constatar. Entendió que si bien la documentación agregada por la accionante eran meras planillas internas de recepción de reclamos telefónicos, "no es menos cierto que entre el reclamo de fecha 9/12/2004

y 15/12/2004 (fecha del acta de verificación inmediata posterior al desperfecto constatado), el Ente no realizó inspecciones (o por lo menos no constan las actas de verificación)". Concluyó que no habiéndose constatado, luego del reclamo y de su verificación por parte del Ente, anomalía alguna en el normal funcionamiento de la luminaria, "hacen presumir la correcta conducta de la actora en ese lapso" (9/12/2004 al 15/12/2004). Asimismo, sostuvo que "la actora en momento alguno aportó elementos que permitan desvirtuar las actas obrantes a fs. 8, 12, 13 y 15 del expediente administrativo, por las que se le imputaron veintiséis (26) días de incumplimiento, alegando a lo largo del proceso, una mera discrepancia de fechas —9 y 15 de diciembre de 2004— y la correspondiente verificación del estado de las luminarias.// De esta forma, existen indicios suficientes para advertir el incumplimiento por parte de la empresa en relación al lapso transcurrido entre los días 20 /12/2004 —acta nº 4172 de fs. 8— y 10/1/2005" entendió prudente que el Ente presente nueva liquidación en torno a la multa, ciñendo la misma desde el 20/12/2004 al 10/1/2005, en el momento de ejecución de la sentencia (fs. 35 vta.).

El vocal Esteban Centanaro se apartó parcialmente de la solución propuesta por sus colegas en lo que al supuesto incumplimiento de reparación de la luminaria se refiere. A este respecto, consideró que "la empresa contratista tomó conocimiento, a partir del 9/12/2004 —con su propio reconocimiento—, aunque no pudo acreditar el normal funcionamiento de la luminaria como declara y sí se constató a *posteriori* la falta de funcionamiento conforme las actas del 20/12/2004, 4/1/2005, 6/1/2005 y 10/1/2005 (conf. fs. 8, 12, 13 y 15 del expediente administrativo)" y que "como la penalidad fue considerada desde el 15/12/2004 hasta el 10/1/2005 inclusive y sólo fue cuestionada infructosamente por Mantelectric" concluyó que resultaba ajustado confirmar la sanción impuesta en sede administrativa (fs. 37 vta.). En lo que respecta a la cuantía de la multa reclamada, destacó que la actora contratista oportunamente prestó su conformidad respecto del proceso licitatorio formulado (licitación pública 93/97) donde de acuerdo con el art. 55 se establecía una penalidad de 200 puntos por día de incumplimiento en la reparación de una luminaria como la de esta litis y que la calle Tacuarí constituía una arteria de tránsito intenso lo que agravaba más la situación de mora descripta (fs. 37 vta.).

4. Contra la decisión de la Sala II, la empresa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 38/47 vta.).

En primer término, la firma se agravió de que el *a quo* considerara que el Ente posee facultades sancionatorias. Sostuvo:

i) que los magistrados, al analizar el art. 11 de la ley 210, no tuvieron en cuenta el principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo;

ii) que su planteo de superposición de competencias con el Poder Ejecutivo de la Ciudad fue rechazado en forma dogmática;

iii) que conforme lo previsto en el Pliego de Condiciones, el GCBA efectúa el control y seguimiento del servicio que presta a través de la Dirección

General de Alumbrado Público y Servicios Eléctricos —Subsecretaría de Mantenimiento Urbano— del Ministerio de Espacio Público de la Ciudad;

iv) que el Gobierno de la Ciudad no observó fechas de reparaciones fuera del tiempo contractual; y

v) que "(...) no existe un acto expreso previo habilitante que le permita al Ente intervenir en el procedimiento de imposición de sanciones, en la medida que el Pliego de Condiciones, aprobado por el GCBA, establece que ello le corresponde al Ejecutivo de la Ciudad" (fs. 44 y vta.).

Asimismo, la recurrente insistió en que la cláusula transitoria quinta de la ley 210 condiciona la validez del art. 22 de dicha norma y reiteró que "(...) hasta tanto la legislatura no establezca el régimen jurídico de los servicios públicos aplicable por el Ente, el mismo no tiene competencia alguna para juzgar la conducta de un contratista del GCBA" (fs. 46). La cláusula transitoria en cuestión prevé que el Poder Ejecutivo deberá enviar a la Legislatura una compilación de las normas aplicables a los servicios públicos a fin de fijar el régimen jurídico que aplicará el Ente. El art. 22 de la ley 210 determina las pautas a las que debe adecuarse el Ente al aplicar las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios públicos.

Por otra parte, la actora dijo que "[e]n lo que refiere al ejercicio de competencias jurisdiccionales, la sentencia, en definitiva, reconoce al Ente la facultad de *legislar*, en cuanto legisla sobre las sanciones, *de ser parte* pues es el llamado a controlar *y juez* en la medida que dirime el conflicto" (destacados en el original, fs. 45).

Finalmente, la contratista señaló que "(...) la resolución dictada viola el debido proceso al considerar prueba suficiente las Actas de Fiscalización efectuadas, en forma unilateral y sin previo traslado a mi parte, en detrimento de la prueba documental oportunamente acompañada, cuya virtualidad probatoria, como mínimo, resulta idéntica a la aportada por el Ente, atento tratarse de documentación interna de la empresa" (destacado en el original, fs. 47).

5. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de la accionante (fs. 53 y vta.), lo que motivó la queja que tramita en autos (fs. 55/66).

6. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 70/72, propiciando el rechazo de la impetrada por la parte actora.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja planteada, según explicaré, demuestra que la actora postula la ilegitimidad de las multas resistidas con apoyo en cláusulas de la CCBA (v. gr. arts. 10, 12, inc. 5º, 13 inc. 3º) y, en tanto la decisión atacada resuelve en sentido adverso a los derechos fundados en aquellas, corresponde admitirla a ese respecto.

2. En cambio, las objeciones formuladas en torno al modo en que la Sala II valoró las probanzas de la causa exceden el ámbito de revisión asignado al Tribunal en la vía intentada. Aunque el recurrente discrepa con la mayor capacidad probatoria asignada a las constancias emitidas por el EURSP (actas de fiscalización), en desmedro de la atribuida a los partes diarios aportados por la actora, su argumentación no muestra que la Cámara haya apoyado en cláusulas constitucionales o legales tachadas de inconstitucionales su preferencia por unos elementos respecto de otros o que incurriera en arbitrariedad en la apreciación de su valor probatorio. Los partes diarios, prueba que la actora considera debió prevalecer en el establecimiento de los hechos en que apoya sus aseveraciones acerca del cumplimiento temporáneo de sus obligaciones, no vienen acompañados de la acreditación de los recaudos previstos en pliego (v. gr. folios con rúbrica del GCBA y numeración correlativa, art. 77 del Pliego, fs. 188, autos principales), circunstancia que le impide demostrar que la apreciación del *a quo* respecto al incumplimiento en que incurriera Mantelectric en relación al lapso transcurrido entre los días 20/12/2004 —acta nº 4172 de fs. 8 del expediente administrativo— y 10/1/2005, resulta insostenible.

En tales condiciones, como las críticas del recurrente, en los aspectos reseñados en este punto, carecen de aptitud para mostrar que lo decidido por la alzada no constituye una derivación posible del derecho aplicable a los hechos de la causa, la revisión requerida resulta ajena al ámbito previsto por el art. 27 de la ley 402. Por tanto, en ese terreno, la queja debe ser rechazada.

3. También debe ser rechazada la queja en orden a la alegada nulidad del procedimiento sancionatorio, planteada con apoyo en la falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP como antecedente de la multa resistida, pues fue introducida con el recurso de inconstitucionalidad, lo que impide su tratamiento en esta instancia.

4. Despejado lo anterior, corresponde entonces analizar los agravios en relación con los cuales el recurso de inconstitucionalidad resulta formalmente admisible. Antes, sin embargo, conviene recordar que, verificada la existencia de cuestión constitucional, el Tribunal, al momento de establecer la inteligencia atribuible a las normas constitucionales en juego, no se encuentra limitado por el modo en que el recurrente expone sus agravios, ni se ve impedido de avanzar en la interpretación del derecho infraconstitucional comprometido en la solución del asunto sometido a su decisión (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'" expte. n° 3260/04, sentencia del 16/3/2005 y en "Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5890/08, sentencia del 24/9/2008 y *mutatis mutandi Fallos,* 308:647 entre muchos otros).

Los agravios que cuestionan la legitimidad de las sanciones impuesta a la actora, exigen analizar cuál es la potestad o función que involucra su aplicación

y, ello a su vez, requerirá determinar el alcance de las competencias asignadas al EURSP por el art. 138 de la CCBA, así como las posibilidades de complementarlas por vía legal, en función de las atribuciones acordadas a la Legislatura por el art. 80 también de la CCBA para, en definitiva, determinar si, como pretende el recurrente, la sanción impuesta por el demandado "...importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía del juez natural, prevista en el art. 18 de nuestra C.N., el art. 29 y lo dispuesto por los actuales arts. 108 y 109 de la misma y los arts. 10, 12, incs. 5º y 6º y art. 13 inc. 3º y concordantes de la CCBA" (fs. 45).

5. El art. 138 de la CCBA dispone: "El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo, es autárquico, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal.// Ejerce el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos cuya prestación o fiscalización se realice por la administración central y descentralizada o por terceros para la defensa y protección de los derechos de sus usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente, velando por la observancia de las leyes que se dicten al respecto". Ello, en línea con el art. 46 de la CCBA según el cual "[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (...) Ejerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios" comercializados o prestados en la CABA.

Para lo que ahora importa, la cláusula constitucional transcripta, además de crear al EURSP con rango constitucional, define su finalidad y objeto con idéntica jerarquía. Al órgano en cuestión se le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores" (art. 138 de la CCBA).

Contemplada esa cláusula de modo autónomo y, por hipótesis, como si sólo estuviera reglamentada por una ley que le otorgara al EURSP la potestad de aplicar, previo sumario, sanciones de carácter retributivo, el ejercicio de esa competencia calificaría como despliegue de una función materialmente jurisdiccional. A su respecto, entonces, regirían principios como, por ejemplo, atribución por ley de esa competencia —no natural para la Administración—, necesidad de garantizar el control judicial pleno de las decisiones emitidas en ese terreno, la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial cuando la decisión quedara firme aún en sede de la autoridad administrativa que dictó el acto materialmente jurisdiccional (conf. mi voto en "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, sentencia del 20/7/2007 y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 5549/07, sentencia del 2/5/2008).

6. Sin embargo, el art. 3º de la ley 210, reglamentaria del art. 138 de la CCBA, enumera entre las funciones encomendadas al EURSP la de "*l.* Reglamentar el

procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso". Esta función se inscribe en el marco de las que también le atribuyen: "*a.* Verificar el correcto cumplimiento de las leyes o normas reglamentarias de los servicios sometidos a su jurisdicción// *b.* Controlar las actividades de los prestadores de servicios públicos en todos los aspectos prescritos por la normativa aplicable respecto a la seguridad, higiene, calidad, continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios (...) *e.* Controlar el cumplimiento de los contratos de concesión, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones (...) *k.* Ejercer la jurisdicción administrativa (...)".

Esa ley incorpora, como faceta comprendida por el conjunto de atribuciones propias del "poder de policía" de los servicios públicos asignado al ente previsto en el art. 138 de la CCBA, las facultades de control incluidas en los contratos de concesión contemplados en el precepto constitucional aludido. Ello abarca las potestades sancionatorias previstas para restablecer la normal ejecución del contrato frente a incumplimientos del contratista. Se trata, a diferencia de las penas que ostenta carácter general, de previsiones contractuales dirigidas a una de las partes que, al celebrar el pacto, ingresa voluntariamente al ámbito de un régimen especial que le reporta beneficios y obligaciones específicas. Entre estas últimas, la de afrontar sanciones frente al incumplimiento comprobado de prestaciones asumidas mediante el contrato.

La discusión de autos no controvierte la validez constitucional de conferir al EURSP el poder sancionador del contrato sino, en cambio, la posibilidad de hacerlo en relación con el servicio que presta la actora por cuanto, según los agravios, esa función en el pliego de la licitación 85/193, autos principales, habría sido conferida a otro órgano del GCBA, excluyendo por ese solo hecho la competencia del EURSP a ese respecto. Acerca de esta cuestión me referiré más adelante.

Aclarado ello, es preciso señalar que el art. 80 de la CCBA dispone que la Legislatura de la CABA: "...*1.* Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades" y "[l]egisla en materia: (...) *g)* (...) de defensa del usuario y consumidor". Ello, en consonancia con lo previsto en el ya mencionado art. 46 de la CCBA, según el cual, "[l]a Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios..." y "[e]jerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios" comercializados o prestados en la CABA. En las condiciones reseñadas, entonces, basta apuntar que la regulación prevista en la citada ley 210 no prevé limitación alguna por la circunstancia de que exista una autoridad del contrato, distinta del EURSP, dotada del derecho a aplicar esas sanciones. Más aún, es natural que así sea, porque el EURSP no está diseñado para desplazar a la Administración con competencias

más específicas sino para complementarla. Dentro del marco descripto, entonces, la ley abarca una materia disponible por el legislador.

7. De cualquier manera, a este respecto, el recurrente cuestiona la existencia de la competencia para aplicar sanciones como la de autos, porque, sostiene, la ley 210 no la atribuye de modo expreso. Para el accionante, la sentencia impugnada, en este punto, "...resulta contraria al principio de interpretación restrictiva de la competencia que rige en el régimen administrativo" pues, según destaca, "[l]a competencia no se configura como un límite externo a la actuación, sino, antes bien, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico" (fs. 43).

Establecido ya que las multas impuestas configuran sanciones contractuales, las conclusiones de la Sala II Cámara CAyT en lo que ahora nos ocupa no quedan desvirtuadas por los argumentos del recurrente. En tal sentido, basta señalar que el art. 3º de la ley 210 dispone que corresponde al EURSP: "*l.* Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, *y aplicar las mismas respetando los principios del debido proceso*" (sin destacar en el original). Por su parte, el art. 11 de esa norma establece que es competencia del Directorio del EURSP: "*i.* Realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En tal contexto, es indisputable que el constituyente atribuyó al EURSP el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 de la CCBA). A su turno, el legislador —en uso de la potestad que el art. 80, inc. 1º, de la CCBA le confiere para poner en ejercicio los poderes en ella previstos—, dictó la ley 210 que incluyó como funciones del EURSP: el control de los contratos de concesión, el ejercicio de la jurisdicción administrativa, la regulación del procedimiento sancionatorio y *la aplicación de sanciones por violaciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios* (art. 3º, inc. b, e, k y l) y, finalmente, identificó al Directorio del ente como su autoridad de aplicación (art. 11 ya citado). A ese respecto, el recurrente no muestra por qué el contenido expreso del inc. 1º de la ley 210 brindaría insuficiente respaldo a las competencias ejercidas por el Directorio del EURSP en relación con las multas bajo estudio.

A su turno, la falta de operatividad del art. 22 de la ley 210 que el recurrente funda en la inteligencia que le asigna a la cláusula transitoria quinta de esa normativa —según la cual "El Poder Ejecutivo, en el plazo de 180 (ciento ochenta) días de promulgada la presente ley, enviará a la Legislatura una compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos, objeto de regulación y control, a fin de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos de la Ciudad de Buenos Aires que aplicará el Ente"— fue rechazada por el *a quo* sin que los agravios del accionante logren desvirtuar lo decidido sobre el punto. Al reeditar sus objeciones ante esta instancia, el recurrente expresa su discrepancia pero

no demuestra por qué, frente a la ausencia de previsión en contrario invocada por la Sala II, la decisión de atribuir vigencia a la norma en cuestión con apoyo en las reglas estimadas aplicables en la materia (art. 2º del Cód. Civil, fs. 34), resultaría descalificable como resolución judicial válida.

De cualquier modo, establecer que las cuestionadas son potestades abarcadas por la competencia que la CCBA atribuye al EURSP no significa, en cambio, expedirse en torno a si el sistema que regula la normativa analizada es el mejor medio para lograr la finalidad perseguida. Esa valoración no corresponde a los órganos permanentes del Poder Judicial y es privativa del órgano depositario de la soberanía popular. En ese terreno, aunque las consideraciones de la defensa, dirigidas a lograr que el sistema de doble control (no de doble sanción, según explicaré) implementado por las normas analizadas no perturbe la prestación que tiene a su cargo, no prueben menoscabo de derechos, ello no implica que no sean cuestiones relevantes como para acordar entre los interesados el establecimiento de reglas eficientes de confección de partes diarios oponibles a cualquier órgano con competencia para ejercer la potestad sancionatoria del contrato que permitan certificar las condiciones de hecho relativas a deficiencias o anomalías en la prestación del servicio en juego.

8. Hasta aquí, queda establecido que el bloque normativo que crea y organiza al EURSP abarca la policía de los servicios públicos y el poder sancionador previsto en contratos que, como el que suscita esta controversia, se prestan en el ámbito de la CABA.

Dentro de ese marco, la sentencia impugnada sostuvo que la sanción cuestionada por la actora "...no le fue impuesta como consecuencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales del Ente, ya que no se trató de ningún tipo de solución de controversias, sino en virtud de la potestad sancionatoria de dicho organismo" (fs. 33). Tal afirmación se apoyó en las previsiones de los arts. 20 y 22 de la ley 210 que, respectivamente, establecen: "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de los distintos servicios regulados, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de la prestación del servicio, debe ser sometida en forma previa al conocimiento y consideración del Ente a cuyo efecto dicta las normas reglamentarias pertinentes.// Es facultativo para los usuarios el sometimiento a la jurisdicción previa del Ente" y "Las disposiciones sancionatorias contenidas en las distintas normas de regulación de los servicios comprendidos en esta ley, son aplicadas por el Ente...". A criterio del *a quo,* "...tanto la ley 210 como la resol. 28/EURSP/01 establecen dos tipos de procedimientos bien diferenciados. Uno, referido al control jurisdiccional (...) y otro, a las sanciones (...) capítulos VI y VII —respectivamente— de la ley mencionada" (fs. 33).

Aunque asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las potestades jurisdiccionales no se agotan en la resolución de controversias pues, conforme quedó dicho (véase punto 5 de este voto), también incluirían la imposición de sanciones de carácter retributivo, lo cierto es que la actora no brinda argumento alguno para rebatir la interpretación asignada al art. 22 de la ley 210 como fuente de la atribu-

ción para aplicar sanciones orientadas a resguardar el cumplimiento del contrato, frente a situaciones como la que nos ocupa en las que las anomalías imputadas comprometen la seguridad en la prestación de un servicio público, lo que coloca al concesionario en una posición que lo distingue de la población general y le reporta obligaciones y beneficios diferenciados.

Al margen de la invocada superposición de controles esgrimida por la actora —de la que me ocuparé oportunamente—, conferida al ente la potestad sancionatoria derivada del contrato, su ejercicio queda sujeto a las reglas propias de la función administrativa involucrada. En este terreno, por tanto, no son aplicables los principios de la función jurisdiccional, ni los del derecho penal. Esto último, reitero (véase punto 6), porque el destinatario de la multa es un sujeto que ingresa voluntariamente a un régimen que, por la finalidad que persigue, contempla regulaciones más estrictas de los derechos del concesionario. A su vez, en ese marco la sanción no reviste carácter retributivo ni, por tanto, está en juego función jurisdiccional alguna.

Así entonces, las cláusulas constitucionales invocadas por el recurrente, relativas a las garantías previstas en los arts. 12, inc. 5º, y 13, inc. 3º, de la CCBA, en función de la normativa de rango constitucional y legal que organiza al EURSP *supra* analizada, no aparecen menoscabadas por la multa cuestionada por Mantelectric.

9. Despejado lo anterior, resta analizar si el modo en que la ley 210 confirió la potestad sancionatoria, ya identificada como de carácter administrativo, vulnera derechos adquiridos por el accionante a partir del contrato que regula la prestación del servicio a su cargo. Es ese, en definitiva, el agravio que el recurrente propone cuando atribuye estabilidad a las disposiciones del pliego que, según pretende, le confieren de modo irrevocable el derecho a ser controlada por un órgano del GCBA que no es el EURSP. Dicho de otro modo, el recurrente invoca que las previsiones del contrato generan la incorporación a su patrimonio, con las características de la propiedad, del derecho a no recibir otras sanciones que las previstas en el pliego y del modo en que allí se las establece.

El planteo, entonces, aparece vinculado con una relación jurídica, el contrato, que por regla es susceptible de ser abarcada por la garantía prevista en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA.

Ahora bien, no es menos cierto que "...no es en la Constitución Nacional, ni en la CCBA, donde se definen los derechos que quedan tutelados por el art. 17 y 12 de esos cuerpos normativos. Establecer cuándo una persona incorpora una situación a su patrimonio con las características del derecho de propiedad es tarea que compete al legislador, dentro de los límites constitucionales. Una vez cumplidos los recaudos del supuesto previsto por la normativa, el derecho otorgado gozará del resguardo que contempla la cláusula constitucional invocada". En este sentido, resulta ilustrativo recordar las enseñanzas de Thomas Cooley cuando explica que será propiedad aquello a lo que la ley atribuya tal carácter, concepto que incluye según palabras de la CSJN —inspiradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericana—, "todos los intereses apreciables que un hombre puede

poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad" por eso "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de 'propiedad'" (*Fallos,* 144:219 y 145:307, "Campbell v. Holt", 115 U.S. 620, 1885, y Cooley, Thomas M., *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, pp. 345/346, Little Brown and Company, 1898 y mi voto en "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5860/08 y su acumulado expte. n° 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 7/7/2008 entre otros).

Para demostrar que la multa cuestionada conculca el derecho de propiedad el accionante debió acreditar que las previsiones del contrato restringen la asignación del poder sancionador en juego y, luego, en su caso, que esa limitación pudiera tener el alcance que el recurrente le atribuye. En cuanto a lo primero, el Pliego, invocado para avalar el agravio bajo estudio, prevé que "[l]a dirección y el control de la ejecución del contrato estará a cargo de la Secretaría de Producción y Servicios del GCBA. La inspección a que aluden estas bases de contratación estará a cargo de agentes que revistan en la Dirección General de Servicios Públicos, la que se ejercerá *per se* o a través de las delegaciones que se establezcan de conformidad con la descentralización administrativa y operativa de la Ciudad, incorporada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 49, fs. 135, autos principales). Frente a ello, el EURSP "...instituido en el ámbito del Poder Ejecutivo..." por el art. 138 de la CCBA no parece *a priori* como un sujeto ajeno a las previsiones contempladas en el propio pliego. De cualquier modo, la estabilidad del contrato en sentido estricto no es trasladable a la faceta reglamentaria inherente a ciertos aspectos regulados por los pliegos de condiciones generales de los contratos administrativos. Basta señalar que las competencias del Poder Ejecutivo asignadas en el pliego a una determinada repartición estatal no podrían condicionar a la Administración porque, ello, implicaría petrificar el ejercicio de una función, la reglamentaria, por naturaleza mutable (v. gr. modificaciones en la estructura administrativa justificarían reasignar funciones encomendadas a un órgano que se suprime). Tampoco previsiones del pliego como la que nos ocupa podrían condicionar las potestades que la CCBA confiere al legislador cuando establece que legisla para "...poner en ejercicio los poderes y autoridades" previstos en la CCBA así como también "...en materia administrativa..."; potestades cuyo ejercicio queda reflejado en el art. 22 de ley 210 sin que se hubiera cuestionado su constitucionalidad (conf. mi voto en "Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5942/08, sentencia del 20/8/2009). En consecuencia, el pliego y la ley 210 operan, para lo que ahora se analiza (autoridad de aplicación de las sanciones contractuales), en un ámbito que impide invocar el derecho al mantenimiento de la cláusula bajo estudio pues ella se refiere al modo en que el Estado organiza y distribuye el ejercicio de sus funciones.

10. Por otra parte, el recurrente señala que la ilegitimidad de la sanción también derivaría de la superposición de controles asignados a una repartición de la Administración centralizada y al EURSP, encargándoles a ambos la aplicación del régimen sancionatorio del contrato. En palabras del recurrente "...la superposición de competencias es evidente (...) si bien no se ha alegado una doble sanción por el mismo hecho en violación al principio *non bis in idem*, no es menos cierto que ambas competencias se superponen permitiendo al Estado, con todos sus recursos y poder, llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a mi mandante" (fs. 43 vta.).

En los puntos 5 y 6 de este voto quedó establecido por qué las sanciones resistidas no constituyen una pena, ni su aplicación compromete el ejercicio de facultades jurisdiccionales. Como contrapartida, también se explicó que las multas contractuales impuestas son parte de las prerrogativas estatales en el marco de una concesión de servicio público y expresan el ejercicio de una función administrativa orientada a lograr el normal desarrollo en la ejecución del contrato. En tales condiciones, cualquiera fuera el tenor de las objeciones que, por hipótesis, pudiera suscitar la aplicación superpuesta de sanciones contractuales por un mismo hecho, ellas no estarían amparadas por la garantía invocada, propia del ámbito de las sanciones retributivas y no de las administrativas (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mancuso, Marcela Lidia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —apelación—'", expte. nº 4106/05, sentencia del 21/12/2005 y "Carballo, Héctor Fernando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Carballo, Héctor Fernando c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 4311/05, sentencia del 26/4/2006 así como Joaquín Meseguer Yerba, "El principio *non bis in idem* en el procedimiento administrativo sancionador", pp. 19/22, Bosch, Barcelona, 2000). En realidad, la imposibilidad de aplicar dos veces las sanciones del contrato deriva del propio contrato que no lo contempla como opción admitida. Una cosa es dotar al EURSP de competencias para controlar a la autoridad de aplicación de las sanciones del contrato y otra admitir la duplicación de sanciones. Lo primero viene establecido por el bloque normativo analizado a lo largo del voto, en cambio, lo segundo, es una hipótesis que no encuentra respaldo alguno en el contrato, única fuente de la potestad sancionatoria aquí discutida.

Por lo demás, las partes coinciden en que la Dirección General de Alumbrado Público y Servicio Eléctrico no aplicó sanciones por los hechos de autos (fs. 43 vta., informes de fs. 275 y 285 de los autos principales y fs. 104/105 del expediente administrativo). Aunque el recurrente propicia derivar de ello que no existieron los incumplimientos sancionados soslaya que en los informes aludidos se señaló que "…el plazo máximo para la reparación de 'Lámpara quemada, rota o agotada' es de 24 horas, plazo que, en relación a la luminaria de la calle Tacuarí 173 (actas de fs. 8, 12, 13, 15, 16 expte. nº 38/EURSP/CABA/05), se encontraría largamente vencido…" (véanse informes de fs. 275 y fs. 285 de los autos principales).

En este punto, entonces, y al margen de la conveniencia o idoneidad del régimen adoptado por el art. 138 de la CCBA, reglamentado por la ley 210, al haberse otorgado al EURSP la potestad sancionatoria derivada del contrato, la mera

constatación de su ejercicio no es suficiente para alegar problemas de superposición de controles. En todo caso, sería menester probar una evaluación contradictoria de un hecho por parte de dos autoridades de aplicación —extremo que, según lo ya dicho, no se verifica en autos— o, cuanto menos, demostrar que existe vicio en la causa del acto que pretende el pago de una multa ya satisfecha (o no ejecutoriada), cuando la segunda sanción viniera instada por la actividad de un órgano diferente al que la aplicó en primer término.

Por las razones expuestas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida (art. 62 del CCAyT).

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. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 38/47 vta., los magistrados resaltaron que la actora se limitó a mostrar su desacuerdo con la interpretación de normas infraconstitucionales adoptada en el caso. Explicaron que los temas principales del pronunciamiento atacado versaron sobre el hecho denunciado, su prueba, y la interpretación y aplicación de la ley 210. Y recordaron (fs. 53 y vta.) que "[l]a circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, infraconstitucional, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional".

3. Mantelectric señaló:

i) que en la resolución denegatoria "(...) no ha existido un mínimo tratamiento de los agravios vertidos respecto de la *existencia de caso constitucional* atento *1.* Haberse instruido un *sumario, sin ley previa autorizante*; *2.* Encontrarse *cuestionadas las facultades sancionatorias del Ente* Único de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, a la luz de lo expresamente normado por el art. 11 de la ley 210 y por su cláusula transitoria quinta" (el destacado aparece en el original, fs. 56); y

ii) que el auto denegatorio omitió referirse a los planteos vinculados con los arts. 138 y 139 de la CCBA y con la sustitución de facultades del Poder Ejecutivo (arts. 102, 104 incs. 13 y 23 y 105 inc. 2º de la CCBA).

En lo que resta de su presentación, la empresa reitera las manifestaciones que ha venido exponiendo desde el inicio del proceso.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Cada una de las impugnaciones de la accionante a la resol. 2/EURSP/CABA/07 y al marco normativo aplicable mereció pormenorizada respuesta en el fallo de la Sala II. Y, por su parte, la quejosa no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con una sentencia que rechaza su pretensión— que logre poner en crisis los fundamentos de la denegatoria de fs. 53 y vta., centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio sellan la suerte adversa del recurso directo intentado.

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 55/66.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión traída a conocimiento de este TSJBA es sustancialmente similar a la resuelta anteriormente en la causa "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 6588, sentencia del 10/3/2010; entre muchas otras.

Por los motivos expuestos en dicho precedente, cuya copia deberá ser agregada por Secretaría, voto por rechazar la queja interpuesta por la actora, y dar por perdido el depósito de fs. 54.

El juez José O. Casás dijo:

1. Coincido con la solución que propician mis colegas las doctoras Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA, puesto que, como se verá a continuación, los planteos formulados no logran configurar un caso constitucional que habilite esta instancia recursiva, en tanto remiten exclusivamente a la consideración de la valoración efectuada por los jueces de la causa respecto del alcance de distintos preceptos contenidos en la ley 210 y de cuestiones de hecho y prueba que surgen del expediente.

2. La impugnante esgrime diversos planteos con el objeto de sostener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de la Sala II que, en lo que aquí interesa, rechazó la acción deducida para impugnar la validez de la resol. 2/EURSP/07 y, en consecuencia, confirmó la multa impuesta a la empresa recurrente por el incumplimiento en los plazos máximos de reparación de la luminaria correspondiente a la calle Tacuarí n° 173 (columna 1/4).

3. Un primer grupo de agravios intenta cuestionar la decisión aludida en cuanto afirmó la competencia del EURSP para imponer la sanción objetada. En este punto, Mantelectric ICISA esgrime que el Directorio del EURSP carecería de facultades sancionatorias a la luz de lo dispuesto en el art. 11 de la ley 210 —que enumera sus funciones— y en la cláusula transitoria quinta de ese cuerpo legal que, a su criterio, supeditaría su operatividad. En este mismo sentido, aduce que el reconocimiento de competencia en cabeza del EURSP para aplicar las sanciones establecidas en la

documentación contractual sustituye facultades propias del Poder Ejecutivo de la Ciudad y genera una situación de superposición de competencias. Al respecto, alega la vulneración de los arts. 102; 104, incs. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA.

3.1. Si bien en la sentencia de fecha 12/5/2009 la Sala II Cámara CAyT recordó los preceptos contenidos en el art. 138 de la CCBA, lo cierto es que el tribunal *a quo* dio respuesta a los cuestionamientos realizados por la accionante mediante la interpretación de las distintas previsiones contenidas en los arts. 2º, 3º y 11 de la ley 210 y es sobre esas cuestiones que la recurrente ahora procura la atención de este estrado.

Así, toda vez que la actora únicamente postula una exégesis diferente de aquellas normas de naturaleza infraconstitucional involucradas en el pleito, entiendo que las cuestiones propuestas no resultan atendibles en tanto discurren por carriles ajenos a la competencia recursiva reconocida a este Tribunal.

Por otra parte, si bien la actora se agravia respecto de que la Cámara no habría resuelto puntualmente su planteo referido a que "el Directorio del Ente carece de facultades sancionatorias por no encontrarse mencionadas en forma expresa en el art. 11 de la ley 210" y asimismo postula la falta de competencia del Directorio para dictar la resol. 28/EURSP/01 —que aprobó el Reglamento de Procedimientos de Controversias y Sanciones del EURSP— por fundamentos similares, lo cierto es que estas manifestaciones sólo expresan la discrepancia de la recurrente con el contenido del pronunciamiento discutido, mas no se hacen cargo de lo efectivamente decidido por la Cámara en este punto. Aquí, los jueces de la causa destacaron que el art. 3º de la ley 210 expresamente establece entre las funciones del Ente la de "*reglamentar* el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales de los respectivos servicios, de conformidad con los regímenes sancionatorios vigentes, y *aplicar* las mismas respetando los principios del debido proceso"; también sostuvieron los magistrados que estas competencias del Ente —como tales, improrrogables— debían ser ejercidas por su máximo órgano colegiado interno, teniendo en cuenta que el art. 11, inc. i, de la ley 210 establece dentro de las funciones del Directorio las de "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y los objetivos de la presente ley".

En este contexto, las genéricas objeciones formuladas no resultan hábiles para poner en crisis el pronunciamiento impugnado.

3.2. Por su parte, la cuestión referida a la operatividad de la ley 210 tampoco plantea un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Aquí también el tribunal *a quo* recurrió a la interpretación de las distintas normas contenidas en la aludida ley 210 y a la aplicación del art. 2º del Cód. Civil para concluir que la exhortación dirigida al Poder Ejecutivo para que enviase a la Legislatura una "compilación ordenada y sistematizada de las normas aplicables a los servicios públicos", contenida en la cláusula transitoria quinta, en modo alguno constituía o podía implicar una condición que supeditara la vigencia de ley 210 sino que sólo

podía entenderse como un requerimiento a fin de facilitar la actuación del órgano. Por tal motivo, se advierte que la pretensión recursiva esgrimida únicamente propone a este estrado la consideración de una conjugación diferente y por lo demás peculiar de las normas infraconstitucionales involucradas, sin efectuar una conexión concreta con normas de índole constitucional.

3.3. La misma suerte debe correr el agravio relativo a la pretendida superposición de competencias entre el Poder Ejecutivo y el EURSP. Si bien la recurrente discrepa con la decisión de la Sala II en cuanto reconoció válidamente en cabeza del EURSP (órgano descentralizado del GCBA) competencia para ejercer el *poder de policía* en materia de servicios públicos de manera complementaria a la actividad desplegada por la administración central local y, en particular, para efectuar el control de la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA —y aplicar las sanciones allí previstas, una vez verificado un incumplimiento—, no ha logrado desvirtuar el razonamiento desarrollado por los jueces de la causa en punto a que esta particular modalidad de control no ha entrañado en el caso una duplicación de sanciones por el mismo hecho. Así, los agravios esgrimidos distan de involucrar un caso constitucional, sin que quepa al Poder Judicial valorar el mérito y la conveniencia del mecanismo diseñado por el legislador local para asegurar el control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos prestados en la jurisdicción; consideración que también vale frente al genérico planteo orientado a excluir al Ente del aludido control por no haberse previsto ello en la letra del contrato suscripto con el Estado local.

Cabe agregar que la mención de los arts. 102; 104, incs. 13 y 23 y 105, inc. 2º de la CCBA que refieren a deberes y potestades del Poder Ejecutivo local, sin una adecuada fundamentación que los conecte con las cuestiones efectivamente propuestas por la empresa actora en su recurso, tampoco resulta apta para habilitar la vía intentada. Aquí resulta oportuno recordar que este Tribunal ha dicho en numerosas ocasiones 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" (conf., "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, t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

4. La recurrente plantea también la inconstitucionalidad de la pretendida "facultad jurisdiccional" del Ente ejercida en el caso. En particular, sostiene que la actividad desplegada por el EURSP importó el ejercicio de competencia jurisdiccional, en abierta contraposición con la garantía de juez natural prevista en el art. 18 de la C.N. y lo dispuesto en los arts. 29, 108 y 109, del mismo plexo constitucional y los arts. 10; 12, incs. 5º y 6º, y art. 13, inc. 3º, de la CCBA.

Los planteos formulados en este punto no pueden prosperar, toda vez que la accionante, desde mi óptica, no ha logrado especificar la relación directa de la garantía invocada con lo decidido en el caso. En efecto, los agravios planteados, por su generalidad, no resultan hábiles para acreditar que la actividad desarrollada por el Ente, consistente en controlar la ejecución del contrato celebrado entre el GCBA y la empresa Mantelectric ICISA y aplicar en sede administrativa la sanción prevista en las normas que rigen la relación contractual —más allá del modo en que se decida clasificar tal actuación o de cualquier disquisición terminológica al respecto—, pueda comprometer de manera directa una garantía constitucional orientada, básicamente, a asegurar que no existan tribunales *ad hoc*, creados especialmente para el caso o según la persona a juzgar (prohibición de *comisiones especiales*) y que las leyes que crean esos tribunales no sean posteriores *a los hechos* que éstos deban juzgar (leyes *ex post facto*).

Por ello, estos agravios también deben ser desestimados.

5. Corresponde asimismo señalar que las aisladas referencias a garantías propias del ámbito del derecho penal que contiene el recurso tampoco habilitan la instancia extraordinaria ante este estrado, en tanto no se ha demostrado de manera adecuada que ellas puedan ser trasladadas, sin más, a una situación como la planteada en autos, si se tiene en cuenta que las facultades sancionatorias ejercidas por la Administración en el caso surgen del régimen de especial sujeción al cual queda sometida la empresa recurrente al contratar con el GCBA.

6. Finalmente, en lo que respecta a los agravios referidos a la nulidad del procedimiento sancionatorio por la supuesta falta de traslado de las actas de inspección y comprobación técnica invocadas por el EURSP para sustentar la multa resistida y las objeciones relativas al modo en que el tribunal de alzada valoró las constancias y pruebas obrantes en la causa, adhiero a las consideraciones desarrolladas por el doctor Luis F. Lozano en los puntos 2 y 3 de su voto en tanto allí encuentran acabada respuesta.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por Mantelectric ICISA y dar por perdido el depósito de fs. 54.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Mantelectric ICISA.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 10/3/2010, en los autos "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/

res. pers. públicas no est.'", expte. nº 6588/09 (como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde).

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

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

En similar sentido se resolvió en el expte. nº 7055/10 "Mantelectric ICISA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mantelectric ICISA c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", también del 8/9/2010.

CCXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ELÍAS, CARLOS ALBERTO S/INFR. ART. 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Caso constitucional. Sentencia equiparable a definitiva. SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTRAVENCIONAL A PRUEBA: Oposición del fiscal. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación. Facultades.

SUMARIOS:

1. Si bien el efecto suspensivo del recurso de queja peticionado por el fiscal general adjunto tiene naturaleza excepcional y debe ser aplicado con carácter restrictivo, en el caso aparecen discutidas potestades que, *en principio*, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, cuyo eventual desconocimiento, *prima facie* denunciado, podría ameritar una resolución favorable al interés representado por el solicitante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Con el efecto suspensivo del recurso de queja se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva el efecto suspensivo del recurso de queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia

en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA—. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF nº 7447/10 - 8/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia se rechazó el pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa. La decisión fue apelada por el acusado, en tanto consideró que se lo había privado de un derecho regulado en el Código Contravencional. La Cámara revocó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, propició que el Tribunal admitiera el recurso directo e hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Asimismo, solicitó que se le diera efecto suspensivo a la queja.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie,* la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones —arts. 13.3 y 125, CCBA— (conf. "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Jiménez, Juan Alberto s/infr. art(s). 111, CC, conducir en estado de

ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'", expte. nº 7238/10, resolución del 11/6/2010, y sus citas).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La Fiscalía ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva el efecto suspensivo solicitado en autos (véanse mis votos en "Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del 3/12/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009).

Por ello, corresponde otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo requerido.

La jueza Ana María Conde dijo:

Si bien el efecto suspensivo peticionado por el fiscal general adjunto tiene naturaleza excepcional y debe ser aplicado con carácter restrictivo, en el caso aparecen discutidas potestades que, *en principio*, tiene a su cargo el Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo dicho por este Tribunal en el precedente "Lucía" (18/5/2009), potestades cuyo eventual desconocimiento, *prima facie* denunciado, podría ameritar una resolución favorable al interés representado por el solicitante. Con el efecto suspensivo que aquí se decide, tal como sucediera en materia penal en la causa "Estigarribia" (4/12/2009), se busca impedir que el presunto contraventor cumpla el compromiso al que se obligó voluntariamente y que, una vez transcurrido el período establecido por el magistrado de primera instancia para la suspensión del proceso a prueba, se dicte una decisión que declare extinguida la acción (art. 45, ley 1472) y torne estéril —o inconveniente— el tratamiento de los agravios planteados.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso y aunque excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no brinda fun-

damento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re* "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. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—'", expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, el argumento expuesto por el señor fiscal para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que "se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente deducido" (fs. 64).

En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique en forma urgente a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 30, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

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

En similar sentido, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Aguera, Fernando s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7448/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 — s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: 'Antelmi, José Walter s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'" (expte. nº 7249/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Poole, Rafael Ángel s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7254/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: 'Aldao, Gonzalo Ezequiel s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7248/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso

de inconstitucionalidad denegado en: 'Gadea, Juan Ramón s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7465/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Leitner, Carlos Ernesto s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7237/10), del 8/9/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García Cuerva, Alejandro s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7503/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trovero, Pablo Andrés s/infr. art. 111, CC'" (expte. n° 7492/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fuchs, Federico s/infr. art. 111, CC'" (expte. n° 7499/10), del 15/9/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Padilla Ayala, Máximo s/infr. art. 111, CC'" (expte. n° 7487/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mombru, Guido Guillermo s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7432/10), del 22/9/2010; y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez, Orlando Hugo s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7535/10), del 27/9/2010.

CCXXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BENAVÍDEZ, CARLOS MAXIMILIANO S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación procesal. Competencia. Atribuciones. Principio de unidad e indivisibilidad. Sistema acusatorio. Ejercicio de la acción pública. SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA: Sentencia equiparable a definitiva. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional.

SUMARIOS:

1. La objeción formulada por el señor defensor general en torno a la legitimación procesal del recurrente, debe ser desestimada con fundamento en que el fiscal de

Cámara —y no sólo el señor fiscal general— está habilitado para presentar el recurso de hecho contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que él interpusiera, por aplicación del principio de unidad e indivisibilidad del oficio (arts. 125, inc. 1º, CCBA, y 4º, ley 1903), en virtud de cual los fiscales que pertenecen a una misma competencia material y territorial, esto es, a una misma Fiscalía —en nuestro caso, la de la Ciudad de Buenos Aires— representan, cada uno de ellos, a la oficina del Ministerio Público respectivo, en este caso, al Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, íntegramente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. El argumento de que el representante del Ministerio Público Fiscal no se encuentra legitimado para presentar el recurso de inconstitucionalidad previsto en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA, reposa sobre meras afirmaciones genéricas, sin que se desarrolle en momento alguno la vinculación del derecho invocado —el requerimiento de "la doble conformidad judicial para la imposición de una condena", con mención de los arts. 10 y 13.3, CCBA; 18, C.N., 8.2.h, CADH y 14.5 PIDCP y 75, inc. 22, C.N. (fs. 35 *in fine*/36) con las circunstancias particulares verificadas en esta causa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La mera afirmación de que las reglas constitucionales vigentes sólo conceden la posibilidad de recurrir al encausado y no conceden un "derecho al recurso" al Ministerio Público Fiscal resulta claramente insuficiente para abastecer de fundamento a la queja que se agita. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La decisión que suspendió el curso del proceso a prueba resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal, en tanto impide la continuación del trámite del expediente y, en principio, conduce a la extinción de la acción penal, con lo cual la pretensión punitiva del fiscal —rol esencial que le incumbe en el proceso— no podría ser ejercida. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. En el recurso de queja se ha planteado un genuino caso constitucional, pues se cuestiona de modo concreto y suficiente la interpretación que los jueces de la causa hicieron de las normas aplicadas al caso (arts. 76 bis, C.P. y 205, CPP CABA), por considerar que tal hermenéutica lesiona las reglas constitucionales vinculadas al *sub examine* que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad (arts. 13.3 y 124 y 125, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. En el ámbito local rige el sistema acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio —principios también derivados del art. 18, C.N.—, y la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función es la de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la prestación del servicio de justicia, procurando ante los tribunales la satisfacción del interés social; y ejercer la acción penal pública como una función que le impone específicamente el art. 4º del CPP CABA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. El ejercicio de la acción penal pública recae —como en el ámbito federal (arts. 120, C.N. y 5º CPPN— en cabeza del Ministerio Público Fiscal, órgano al que la Constitución de la Ciudad otorga independencia funcional, en aras del man-

tenimiento de una separación estricta entre las funciones de acusar y sentenciar, separación que viene a asegurar la imparcialidad y la defensa en juicio, y que se extiende, en lo sustancial, a todas las etapas del proceso penal. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

8. El art. 76 bis, cuarto párrafo, C.P., establece como requisito de viabilidad de la petición del imputado el "consentimiento" por parte del Ministerio Público Fiscal para suspender el juicio a prueba, y la regulación local determina el momento hasta el cual el imputado puede requerir la aplicación del instituto, el modo en que las partes serán escuchadas al respecto (audiencia), y las atribuciones de los diferentes sujetos procesales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. De acuerdo con el régimen legal aplicable el tribunal resuelve si concede la suspensión del juicio a prueba, pero la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Los jueces de la causa han reemplazado con su propio criterio el juicio de oportunidad del Ministerio Público Fiscal sobre la conveniencia político-criminal de llevar adelante este proceso, haciendo suyo el ámbito de discreción atribuido al titular del ejercicio de la acción penal estatal, avasallando su autonomía funcional y las reglas básicas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción local. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. En razón de su discrepancia con las valoraciones del fiscal en torno a las circunstancias que él señaló como relevantes y a través de un alegado control de legalidad, los jueces han ejercido un poder de decisión sobre la suspensión del ejercicio de la acción penal que no les ha sido atribuido, como no se les ha adjudicado un poder autónomo para su promoción o ejercicio. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. La pretensión de determinar el contenido de los actos del representante del Ministerio Público Fiscal a través de un alegado control de legalidad, implica su reemplazo en vulneración de la autonomía funcional constitucionalmente consagrada y una alteración de roles en los actores del proceso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. Así como los jueces no pueden obligar al fiscal a consentir la suspensión del ejercicio de la acción penal ni reemplazarlo en el ámbito que le es propio, tampoco los representantes del Ministerio Público Fiscal se encuentran habilitados a subrogar el cometido de los jueces. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. La decisión resistida ha equiparado de manera dogmática la alegada falta de fundamentación de la oposición del Ministerio Público Fiscal —ausencia de oposición—, con un consentimiento (art. 76 bis, cuarto párrafo, C.P.) que de manera implícita se le atribuye al señor fiscal para dar andamiento, derechamente, a la suspensión del juicio solicitada por el imputado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. En el marco de procesos organizados bajo el esquema del principio acusatorio quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro, lo que significa que no puede reunirse en un

mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. La razón por la que la suspensión del proceso está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al ministerio público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

17. El requisito incluido por el legislador en el párrafo cuarto del art. 76 bis, sólo puede ser entendido como la voluntad de enfatizar que la decisión de impulsar o no la acción corresponde de modo privativo al fiscal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

18. El legislador reglamentó las condiciones bajo las cuales el juez puede acordar la suspensión del juicio a prueba como un modo, primero, de sustitución de la persecución penal por el sometimiento a reglas de conducta y, finalmente, como un mecanismo que puede suscitar la extinción de la acción penal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

19. El art. 205 del CPP CABA leído a la luz de la directriz impuesta por la CCBA (art. 13), dispone un reparto de roles análogo al previsto en el art. 76 bis en los términos, no existiendo además oposición entre las previsiones de los arts. 76 bis del C.P. y 205 del CPP CABA, y el ámbito de reserva del art. 75 inc. 12 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. Una vez sentada la interpretación según la cual el Código Penal no atribuye el ejercicio de la acción pública a ningún sujeto más que al Estado, la legislación local está respaldada por el art. 124 o bien por el 126 de la C.N. para hacerlo, y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del art. 116, siempre de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

21. La pretendida incompatibilidad entre el art. 205 del CPP CABA y el art. 76 bis del C.P., en desmedro de la supremacía atribuible al segundo por imperio del art. 75, inc. 12, de la C.N., por un lado, soslaya que tanto la norma nacional como la local requieren que el fiscal preste su consentimiento para suspender el juicio a prueba. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

22. El ejercicio por parte del Congreso de la Nación de la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI, art. 71, C.P.) y un modo de extinción de la acción penal (Título XII, art. 76 bis, C.P.) no supone haber restringido la potestad local para definir la organización de los procesos judiciales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

23. La decisión que suspende el juicio a prueba a pesar de la oposición del Ministerio Público Fiscal no tiene el mismo alcance o efecto para éste, que las consecuencias que proyectaría aquella otra decisión que no hace lugar a la *probation* a pesar de la intención del imputado de acogerse a ese beneficio porque, en un caso, se le impide la continuación del trámite procesal de acuerdo a su discrecionalidad técnica al funcionario encargado de llevar adelante e impulsar aquel trámite, mientras que, en el otro, el proceso continúa de acuerdo con los cauces normales

propios de cualquier juicio penal y hasta su terminación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

24. Para el Ministerio Público Fiscal la decisión que concede una *probation* en contra de su voluntad produce la culminación del proceso y cierra toda discusión —al menos de manera momentánea, pero con previsible grado de certeza si el imputado cumple satisfactoriamente su compromiso—, mientras que, para el encartado, la decisión que la deniega no proyecta más consecuencias que la continuación del trámite y de toda discusión que corresponda o no llevar a cabo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

25. En la medida en que un fiscal exprese fundamentos suficientes (o incluso opinables), corresponde dar virtualidad a su negativa a otorgar la suspensión del juicio a prueba en el caso concreto, toda vez que la manera como debe impulsarse la acción o dejar de hacerlo es una atribución exclusiva del órgano requirente y el control que efectúan los jueces sobre los fundamentos del Ministerio Público Fiscal, no debiera importar tanto como desplazarlo en ese ejercicio ya que de lo contrario, bastaría con que un magistrado no compartiera tales argumentos, o directamente prescindiera de éstos para desnaturalizar el contenido del instituto y el alcance de su función dentro del proceso penal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

26. La eventualidad de que el fiscal promueva la realización de un juicio cuando lo crea ventajoso para los intereses generales que encarna, o su suspensión a prueba, no implica reconocerle facultades discrecionales que de cualquier manera excedan a las que ya tiene otorgadas de acuerdo con los principios constitucionales que rigen en esta Ciudad (en particular, arts. 13.3, 124 y 125, CCBA) y a las normas infraconstitucionales que gobiernan su actuación, dentro de los procesos de naturaleza penal que tramitan en la jurisdicción local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

27. Cualquiera que sea el acierto o error de la hipótesis de investigación seguida por el Ministerio Público Fiscal o de las estrategias probatorias que no pudo desplegar, a causa de la suspensión del juicio a prueba resuelta contra su expresa voluntad, lo cierto es que esos fundamentos pueden ser calificados como “opinables”, pero bajo ningún concepto pueden ser reputados de inexistentes o desvinculados con esta causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

28. El recurso de queja debe ser rechazada porque el señor fiscal de Cámara no ha logrado conmover los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar su recurso de inconstitucionalidad, ni da fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

29. En el recurso de queja debió explicarse en qué consistiría el daño —cuya reparación la Fiscalía califica de urgente—, lo que basta para tornarlo inadmisible en el marco de las disposiciones de la C.N. y de la CCBA, según las cuales las garantías del procedimiento penal no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 6454/09 - 8/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La jueza de primera instancia resolvió, en el marco de la audiencia celebrada en virtud de los arts. 205 y 210, CPP local, suspender el juicio a prueba (art. 76 ter, C.P.) respecto de Carlos Maximiliano Benavídez (fs. 4 vta.) pese a que el representante del Ministerio Público Fiscal había expresado su oposición, que estimó fundada en criterios de política criminal, las circunstancias particulares del caso concreto y la necesidad de dilucidar estas últimas en juicio (fs. 1 vta./2). Para resolver así, la magistrada consideró que la norma que establece que será vinculante para el Tribunal la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, "no habilita al señor fiscal a afirmar alguna de esas causales, sin relacionar su enunciación genérica con la concreta aplicación a la situación particular del imputado sobre el que toca resolver" y que "[s]i bien el señor fiscal menciona como fundamentos para su oposición, las circunstancias fácticas que le imputa a Benavídez, considero que se trata de una fundamentación aparente, puesto que no se advierte la relación entre dicha enunciación y la afirmación de la existencia de razones de política criminal que no ha especificado para la situación concreta del Sr. Benavídez" (fs. 2 vta.).

El fiscal de grado recurrió esa decisión (fs. 7/12) y el fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas mantuvo el recurso incoado y entendió que la Cámara debía revocar esa resolución y dejar sin efecto la suspensión otorgada (fs. 13/15).

Por su parte, la defensa del imputado contestó el recurso y solicitó que se confirme el fallo apelado (fs. 16/19).

La Sala II del tribunal *a quo* confirmó la decisión de primera instancia (fs. 20/22).

2. Contra la resolución de la Sala II, el fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad, en el cual, resumidamente, afirmó que se encontraba legitimado para acceder a la vía extraordinaria y expuso las razones por las que entiende que la decisión impugnada constituye un auto que por sus implicancias debe ser equiparado a una sentencia definitiva. Afirmó que la imposición al Ministerio Público Fiscal de la suspensión del proceso a prueba en contra de su expresa voluntad de continuar ejerciendo la acción penal en el caso constituye un avasallamiento de las competencias constitucionales del órgano que representa e importa la vulneración del debido proceso y el sistema acusatorio y sus principios rectores. Invocó en su respaldo las previsiones de los arts. 18 y 120, C.N., 1º, 10, 11, 13.3 y 124 a 126, CCBA (fs. 24/32 vta.).

Al contestar el traslado conferido, la defensora general adjunta se opuso a la admisión del recurso interpuesto por el fiscal ante la Cámara, por considerar que el recurrente no se encontraba legitimado para apelar y tampoco presentaba un verdadero caso constitucional (fs. 34/39).

La Sala II resolvió denegar el recurso interpuesto. Admitió la legitimación del fiscal para recurrir pero consideró que la resolución impugnada no podía ser equiparada a una sentencia definitiva. Agregó que el recurrente sólo había expresado su discrepancia con la interpretación del derecho infraconstitucional (fs. 40/42 vta.).

3. Frente a tal pronunciamiento, el fiscal ante la Cámara interpuso un recurso de hecho, en el cual defendió el carácter definitivo de la decisión cuestionada mediante el recurso denegado por la alzada y reiteró la concurrencia de un caso constitucional vinculado principalmente con el avasallamiento de las funciones constitucionales del Ministerio Público Fiscal, los principios que informan el sistema acusatorio, la imparcialidad y el debido proceso (fs. 44/52 vta.).

El fiscal general adjunto mantuvo la queja deducida por su inferior jerárquico porque, en su opinión, la actuación de los órganos jurisdiccionales "representa una desviación grosera del sistema constitucional vigente, que pone en crisis la organización procesal en el ámbito local y culmina con la arbitraria e injustificada conclusión de la acción, impidiendo la actividad persecutoria que por mandato de la ley fundamental (art. 125) compete al Ministerio Público Fiscal" (fs. 57/62).

El defensor general se presentó ante este Tribunal para señalar, desde su óptica, la falta de legitimación procesal del fiscal ante la Cámara para interponer el recurso de queja (fs. 64 y vta.). El planteo fue contestado por el fiscal general, quien solicitó su rechazo (fs. 70/72).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja planteada por el señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones fue interpuesta en tiempo y forma.

En cuanto a la objeción formulada por el señor defensor general en torno a la legitimación procesal del recurrente, ella debe ser desestimada por los fundamentos expuestos en un caso similar —al que me remito en homenaje a la brevedad—, donde se sostuvo que el fiscal de Cámara —y no sólo el señor fiscal general— está habilitado para presentar el recurso de hecho contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que él interpusiera (*in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos 'Alegre de Alvarenga, Ramona s/infr. art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 6182/08, resolución del 22/6/2009).

Por lo demás, la misma suerte debe tener el planteo efectuado por la señora defensora general adjunta a fs. 35/36 vta. bajo el título "falta de recurso fiscal", en tanto expresa que el representante del Ministerio Público Fiscal no se encuentra legitimado para presentar el recurso de inconstitucionalidad previsto en el inc. 3º

del art. 113 de la CCBA. Al respecto, basta señalar que la defensa ha efectuado, sobre el punto, meras afirmaciones genéricas, sin desarrollar en momento alguno la vinculación del derecho que invoca —el requerimiento de "la doble conformidad judicial para la imposición de una condena", con mención de los arts. 10 y 13.3, CCBA; 18, C.N., 8.2.h, CADH y 14.5 PIDCP y 75, inc. 22, C.N. (fs. 35 *in fine*/36)— con las circunstancias particulares verificadas en esta causa. Ha omitido, además, toda referencia a las regulaciones procesales que establecen para el Ministerio Público Fiscal la posibilidad de requerir la intervención de este Tribunal (arts. 2º y 27, ley 402 y 267, tercer párrafo, CPP) y mucho menos las ha tachado de inconstitucionales. La mera afirmación de que las reglas constitucionales vigentes sólo conceden la posibilidad de recurrir al encausado y no conceden un "derecho al recurso" al Ministerio Público Fiscal resulta claramente insuficiente para abastecer de fundamento a la queja que se agita.

2. Dos fueron los reparos señalados por la Cámara para no conceder el recurso incoado por el señor fiscal de Cámara: *a)* centralmente, que la impugnación no se dirige contra una sentencia definitiva; y *b)* con menos énfasis, que no plantea un caso constitucional. Sin embargo, el recurrente logra, en su presentación, poner en crisis ambas argumentaciones.

En primer lugar, porque la decisión que suspendió el curso del proceso resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal, en tanto impide la continuación del trámite del expediente y, en principio, conduce a la extinción de la acción penal, con lo cual la pretensión punitiva del fiscal —rol esencial que le incumbe en el proceso— no podría ser ejercida. No existe, en consecuencia, otra oportunidad eficaz para que el recurrente haga valer sus razones constitucionales en torno a la invalidez de la suspensión del juicio a prueba decidida en el caso y pueda, de esta manera, llegar a disipar los agravios invocados.

Además, el recurrente ha planteado un genuino caso constitucional, pues cuestiona de modo concreto y suficiente la interpretación que los jueces de la causa hicieron de las normas aplicadas al caso (arts. 76 bis, C.P. y 205, CPP CABA), por considerar que tal hermenéutica lesiona las reglas constitucionales vinculadas al *sub examine* que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad (arts. 13.3 y 124 y 125, CCBA).

Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de queja interpuesto.

3. En la decisión contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad, los jueces de la Sala II afirmaron que la resolución del caso les exigía determinar el alcance del control jurisdiccional frente a la negativa expresada por el fiscal respecto de la solicitud del imputado de suspender el proceso a prueba, en un caso que enmarcaron en el párrafo cuarto del art. 76 bis del C.P. en razón del máximo de la pena de prisión prevista para la conducta imputada. Al respecto, los jueces consideraron aplicables al caso las previsiones del art. 205 del CPP CABA, en tanto dispone que "la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de

política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal" y concluyeron que corresponde a los jueces el control sobre la racionalidad de los motivos esgrimidos por el acusador en el marco de dicha previsión legal y que ello "no implica que la opinión del fiscal sea reemplazada por otra, sino que se debe garantizar que la oposición no haya sido infundada". Agregaron que "[t]odo acto de gobierno debe ser controlable debido a exigencias básicas del principio republicano y, para que este control sea efectivo, los actos deben ser motivados". Finalmente, los magistrados concluyeron en que la calificación de "fundamentación aparente" efectuada por el juez de grado respecto de la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal resultaba acertada, y confirmaron la decisión de primera instancia (fs. 20/22).

4. Para determinar la viabilidad de la pretensión esgrimida por la parte recurrente, corresponde analizar la interpretación que de las normas aplicadas hicieron los jueces de la causa (arts. 76 bis, C.P. y 205, CPP CABA) a la luz de las reglas constitucionales que invoca (13.3 y 124 y 125, CCBA), en tanto éstas establecen el marco en el que la Ciudad ejerce las facultades jurisdiccionales que le son propias (arts. 5º, 121, 129, C.N. y arts. 106, CCBA, reivindicados por los convenios de transferencia progresiva de competencias penales, ratificados por las correspondientes leyes del Congreso de la Nación y la legislatura local).

De acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, rige en el ámbito local el sistema acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio —principios también derivados del art. 18, C.N.—, y la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función es la de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la prestación del servicio de justicia y procurar, ante los tribunales, la satisfacción del interés social. En el marco de aquellas previsiones constitucionales, el art. 4º del CPP CABA impone específicamente al Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción penal pública.

Así, en el ámbito local —también en el federal (arts. 120, C.N. y 5º, CPPN)— el ejercicio de la acción penal pública recae en cabeza del Ministerio Público Fiscal, órgano al que la Constitución de la Ciudad otorga independencia funcional, en aras del mantenimiento de una separación estricta entre las funciones de acusar y sentenciar, separación que viene a asegurar la imparcialidad y la defensa en juicio, y que se extiende, en lo sustancial, a todas las etapas del proceso penal.

El instituto incorporado a través del art. 76 bis y ss., del C.P., así como la regulación local que lo complementa (art. 205, CPP), debe ser analizado a la luz de las reglas constitucionales referidas, y no de manera que lo ponga en pugna con los principios enunciados como rectores del sistema jurisdiccional local (arts. 13.3, 106, 124 y 125).

En lo que aquí importa, el art. 76 bis, cuarto párrafo, C.P., establece como requisito de viabilidad de la petición del imputado el "consentimiento" por parte del MPF para suspender el juicio a prueba. Por su parte, la regulación local determina el momento hasta el cual el imputado puede requerir la aplicación del instituto, el

modo en que las partes serán escuchadas al respecto (audiencia), y las atribuciones de los diferentes sujetos procesales: el tribunal resuelve si concede la suspensión, pero "la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal" (art. 205, CPP). Las previsiones de la norma local aplicada por los jueces de la causa no difieren, entonces, de las establecidas por el Código de fondo y constituyen pautas de procedimiento necesarias para el encausamiento del instituto en el ámbito local.

Es en el contexto normativo al que me he referido en este punto que el legislador local ha puesto en manos del órgano promotor de la acción penal la valoración de criterios de política criminal vinculados con la oportunidad del mantenimiento del ejercicio de la acción.

5. A la luz de lo expuesto, entiendo que, en el caso, efectivamente y tal como lo denuncia el recurrente, los jueces de la causa han reemplazado con su propio criterio el juicio de oportunidad del Ministerio Público Fiscal sobre la conveniencia político-criminal de llevar adelante este proceso, haciendo suyo el ámbito de discreción atribuido al titular del ejercicio de la acción penal estatal, avasallando su autonomía funcional y las reglas básicas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción local.

La indebida interferencia a la que se hace mención se produce, básicamente, a partir de la irrazonable interpretación de las normas del C.P. y del CPP CABA efectuada en el caso que, en definitiva, ha llevado a los magistrados intervinientes a afirmar que los fundamentos de política criminal que alega el señor fiscal para oponerse a la suspensión del proceso *son aparentes* ya que, a su entender, *no estarían directamente vinculados al caso en particular* y que las consideraciones efectuadas en torno a la necesidad de llevar el caso a juicio estarían *inmotivadas*, *por basarse en una apreciación manifiestamente exagerada de las circunstancias fácticas del caso* (fs. 2 vta./3 y 21 vta./22). En razón de su discrepancia con las valoraciones del fiscal en torno a las circunstancias que él señaló como relevantes y a través de un alegado control de legalidad, los jueces han ejercido un poder de decisión sobre la suspensión del ejercicio de la acción penal que no les ha sido atribuido, como no se les ha adjudicado un poder autónomo para su promoción o ejercicio.

Si bien, tal como lo señalan los jueces de la causa, en un sistema republicano los funcionarios están sujetos a mecanismos de control institucional relativos a cómo ejercen sus funciones, lo cierto es que ninguna norma vigente les ha reconocido a los jueces facultades para indagar acerca de la mayor o menor consistencia de los expresos argumentos brindados por el representante del Ministerio Público Fiscal para reclamar que este proceso puntual no se suspenda a prueba, cuando, además, en el caso ni siquiera se ha invocado que tales criterios de la Fiscalía se traduzcan en la violación palmaria de algún precepto constitucional que permita calificarlos como *ilegítimos*. La pretensión de determinar el contenido de los actos del representante del Ministerio Público Fiscal a través de un alegado control de legalidad como el descripto, implica —reitero—, su reemplazo en vulneración de la

autonomía funcional constitucionalmente consagrada y una alteración de roles en los actores del proceso.

La ley otorga al MPF la potestad de consentir o no la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado y esto no altera las atribuciones jurisdiccionales de los jueces desde una perspectiva constitucional, en tanto para ellos no resulta vinculante la opinión del fiscal cuando la cuestión remite al examen del cumplimiento de los requisitos legales para otorgar ese beneficio en cada caso concreto o a la interpretación respecto del contenido o alcance de tales presupuestos. Así como los jueces no pueden obligar al fiscal a consentir la suspensión del ejercicio de la acción penal ni reemplazarlo en el ámbito que le es propio, tampoco los representantes del Ministerio Público Fiscal se encuentran habilitados a subrogar el cometido de los jueces.

A ello se añade que la decisión resistida ha equiparado de manera dogmática la alegada *falta de fundamentación* de la oposición del Ministerio Público Fiscal —ausencia de oposición—, con un *consentimiento* (art. 76 bis, cuarto párrafo, C.P.) que de manera implícita se le atribuye al señor fiscal para dar andamiento, derechamente, a la suspensión del juicio solicitada por el imputado. La ausencia de fundamentación —e incluso de sustento lógico— en la sentencia para respaldar tal aserto, también obliga a descalificarla como acto jurisdiccional válido.

6. Finalmente, lo hasta aquí afirmado en torno a la imposibilidad de que la oposición fiscal efectuada en los términos expuestos precedentemente sea controlada judicialmente dentro del proceso, no permite descartar la existencia de controles internos del Ministerio Público Fiscal, ni ampara a los funcionarios públicos frente al eventual incumplimiento de sus deberes (conf., en lo pertinente, doctrina de *Fallos,* 327:5863, considerando 30 a 32 del voto de los doctores Highton de Nolasco y Petracchi, 43 y 44 del voto del doctor Fayt y 25 del voto del doctor Zaffaroni).

7. Por las razones que dejo expuestas, en atención a que no existen cuestiones de hecho y prueba controvertidas y a lo previsto en el art. 31 de la ley 402, corresponde: *a) hacer lugar* a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Ministerio Público Fiscal; *b) revocar* la sentencia recurrida, y *c)* dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba con relación al señor Benavídez, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja interpuesta a fs. 44/52 demuestra que los agravios planteados por el Ministerio Público Fiscal —contra la sentencia que en el marco de un proceso destinado a investigar la comisión del delito de portación armas, confirmó la resolución que había dispuesto suspender el juicio a prueba pese a la oposición del acusador—, comprometen la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales (arts. 12, 13 y 106 de la CCBA) requeridas de tutela inmediata, en tanto su

menoscabo resulta de imposible reparación ulterior (conf. *mutatis mutandi* mis votos en "Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81, CC, oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6033, sentencia del 3/12/2008; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6247/08, sentencia del 29/4/2009 y "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'", expte. nº 6235/08, sentencia del 29/4/2009). Ello así, corresponde equiparar el pronunciamiento a cuya revisión se aspira a uno definitivo, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 24/32.

2. Antes de abordar la cuestión principal y en relación con las objeciones formuladas por el señor defensor general relativas a la falta de legitimación del recurrente y a la imposibilidad de que la queja de autos sea articulada por el señor fiscal de Cámara (fs. 35 y 64), me remito a los argumentos que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parga, Daniel Ezequiel s/infr. art. 189 bis, C.P. —portación de arma de fuego de uso civil—'", expte. nº 6165/08, sentencia del 20/10/2009 y en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alegre de Alvarenga, Ramona s/inf. art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 6182/08, sentencia del 22/6/2009, respectivamente, que doy aquí por reproducidos y resultan suficientes para rechazar los planteos mencionados.

3. El pronunciamiento impugnado postuló que "[e]s claro que el juez ejerce el control de legalidad (verifica que se den todos los requisitos exigidos por la ley para que el acusado pueda solicitar la *probation*). Pero también controla la racionalidad de los motivos de política criminal esgrimidos por el acusador para rechazar la solicitud. Esto último de ninguna manera implica que la opinión del fiscal sea reemplazada por otra, sino que se debe garantizar que la oposición no haya sido infundada. Todo acto de gobierno debe ser controlable debido a exigencias básicas del principio republicano..." y que "El control ejercido por el magistrado en el momento de conceder la suspensión se encuentra en el marco de su competencia, dado que no ha sustituido la opinión del fiscal (...) sino que se ha limitado a una revisión de la legalidad del acto y de la racionalidad de la oposición". La potestad de control aludida, a criterio del *a quo*, aparece impuesta tanto por el art. 76 bis del C.P. como por el art. 205 del CPP CABA (fs. 21/22).

Frente a ello, la parte recurrente destacó que "...cuando el señor fiscal expresó su oposición a la suspensión del proceso, lo que manifestó fue su voluntad de

continuar ejerciendo la acción y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el juez que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene el poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio" y sostuvo que en el pronunciamiento impugnado se ha "...suplantado arbitrariamente la voluntad del fiscal" para dar "...curso a la tramitación del instituto al margen de las facultades que la ley otorga, violentando con ello el sistema acusatorio, el principio de imparcialidad, y el debido proceso (art. 18 C.N. y art. 13 inc. 3º, CCBA)" (fs. 52).

Por su parte la defensa, como ya lo había hecho a lo largo del proceso en las oportunidades pertinentes, apoya la validez del pronunciamiento atacado, para lo que ahora importa, señalando que el análisis de la potestad reivindicada por el fiscal (conf. art. 205 del CPP CABA) debe efectuarse de modo que guarde coherencia con la norma del art. 76 bis C.P., a fin de no afectar la forma representativa republicana federal de gobierno y el principio de legalidad; ya que de lo contrario, se estarían modificando los supuestos de procedencia del instituto (fs. 16 vta.).

4. El éxito de los agravios traídos ante este Tribunal obedece al hecho de que la CCBA (arts. 13 y 106), en uso de atribuciones que dentro del régimen federal resultan privativas de los Estados locales (arts. 129 y cláusula transitoria séptima y por consecuencia de ellos y de los arts. 16 y 33, el art. 121 y ss. todos de la C.N., véase en lo pertinente mi voto en "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Carlos Alberto y otros s/ley 255'", expte. n° 2901/04, sentencia del 9/9/2004), consagró el sistema acusatorio como modo de organizar los procesos y con ello vino a definir el rol de los jueces. La falta de apego a las disposiciones constitucionales en juego, según se verá, condujo no sólo a desbordar el ámbito de la función jurisdiccional propia del *a quo* sino, también, a privilegiar una interpretación del art. 76 bis del C.P. y del art. 205 del CPP CABA que se aparta de previsiones expresas incluidas por el legislador en esos preceptos, sin haber declarado su inconstitucionalidad, lo que en definitiva también conduce a descalificar a la sentencia como decisión jurisdiccional válida.

Por otra parte, en tanto, conforme desarrollaré oportunamente, no asiste razón a la defensa cuando afirma que los jueces, al suspender el proceso a prueba pese a la falta de consentimiento del fiscal (art. 76 bis del C.P), ejercieron una potestad generada al amparo de la reserva consagrada en el art. 75, inc. 12, de la C.N. y por ello inmune a restricciones de origen local (v. gr. art. 13 CCBA y 205 del CPP CABA); nada justifica mantener la extralimitación judicial aludida en desmedro de atribuciones asignadas por el ordenamiento local al Ministerio Público Fiscal.

5. En oportunidades anteriores he tenido ocasión de señalar que en el marco de procesos organizados bajo el esquema del principio acusatorio "...quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro. Esto significa que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. Es decir, los jueces no pueden obrar

a su propia instancia. Una parte legitimada a ese fin debe estimularlos. A su vez, la razón por la que la suspensión está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al Ministerio Público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez". Ello, sin dejar de enfatizar que "[n]o constituye razón ni materia de ese examen la decisión de impulsar o no la acción pública (...) cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del 'sistema acusatorio'" (*mutatis mutandi* "Fabre..." ya citado).

Desde esa perspectiva, el pronunciamiento impugnado, no logra superar las críticas del recurrente. En tal sentido, vale recordar que el *a quo,* para fundar la validez de la suspensión del proceso a prueba, sostuvo que esa decisión constituía el ejercicio de una función típicamente jurisdiccional, en tanto no era más que el resultado de interpretar las normas que regulan el instituto en cuestión al caso para descalificar una oposición infundada del agente fiscal (véase transcripción en el punto 3 de este voto). Sin embargo, por las consecuencias de su decisión conforme luego se verá, la Cámara no se limitó a interpretar la ley. Tampoco cumplió con el deber de asignar a los preceptos en juego una inteligencia que los pusiera en armonía con las disposiciones constitucionales reglamentadas por aquellos, como lo exige la prelación jerárquica de nuestro ordenamiento jurídico.

Es más, la decisión cuestionada, ni siquiera respetó previsiones expresas contenidas en los arts. 76 bis del C.P. y 205 del CPP CABA. A su vez, el pronunciamiento pone en evidencia que la interpretación del *a quo,* según la cual ambas normas permiten descalificar la oposición infundada del fiscal, y su consecuencia, que implica conferir al juez disposición privativa sobre el ejercicio de la acción (impedir su impulso), derivan necesariamente de leer los preceptos en juego bajo la técnica del *contrario sensu*. Dicho de otro modo, la Sala II para respaldar su decisión dejó de aplicar el párrafo cuarto del art. 76 bis del C.P. y asignó al resto de los supuestos allí contemplados un significado que resulta de una lectura, reitero, hecha *a contrario sensu*.

6. En cuanto a lo primero, la propia letra del art. 76 bis desautoriza el resultado al que arribó la sentencia impugnada. Al delito investigado en autos, portación de arma de fuego de uso civil sin autorización legal, le corresponde pena de prisión con una escala que va de uno a cuatro años. Para un supuesto tal, el mencionado artículo dispone: "Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio". Frente a ello, y aún al margen de las consideraciones anteriores, la Cámara debió explicar, y no lo hizo, cómo la falta de fundamentación imputada a la oposición del fiscal podía asimilarse automáticamente al consentimiento requerido por el art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P.

Aquello que la Sala II califica como interpretación de la ley constituye un mecanismo mediante el cual el juez asume el gobierno de la acción. Se trata de

un modo de enervar la acción penal que el fiscal, al no brindar su consentimiento para suspender el juicio a prueba, obviamente pretendía impulsar. Ese resultado, por completo inapropiado para un proceso organizado bajo el esquema acusatorio, demuestra que la interpretación formulada por los jueces de mérito no se acomoda a las previsiones constitucionales que debieron presidir o guiar la decisión del *a quo*. Una inteligencia acorde al sistema acusatorio nunca habría llevado a concluir que el legislador consagraba, a favor del juez, la potestad de disponer del ejercicio de la acción penal.

En tal contexto, el requisito incluido por el legislador en el párr. 4º del art. 76 bis *supra* transcripto, sólo puede ser entendido como la voluntad de enfatizar que la decisión de impulsar o no la acción corresponde de modo privativo al fiscal.

7. Dicho lo anterior, y antes de avanzar en el desarrollo del resto de las cuestiones planteadas ante esta instancia, conviene explicar por qué el referido énfasis incluido en el cuarto párrafo del art. 76 bis del C.P. no sólo impide asimilar actos diferentes entre sí (oposición infundada y consentimiento) sino, algo más importante, carece de aptitud para demostrar que, en el resto de los supuestos contemplados en el artículo mencionado, la opinión del fiscal no es vinculante para el juez al momento de conceder o denegar un pedido de suspensión de juicio a prueba. En otras palabras, es preciso destacar que en el marco del sistema acusatorio la lectura *contrario sensu* que contrapone el apartado cuarto con el resto de los supuestos contemplados en el art. 76 bis del C.P. resulta inapropiada. Ese desarrollo ayudará a despejar posibles dudas en torno a cuál es el verdadero alcance de la normativa analizada al momento de recortar el ámbito de actuación del fiscal y del juez. El abordaje de este asunto, a su vez, es el que permite comprobar la compatibilidad que existe entre los arts. 76 bis del C.P. y 205 del CPP CABA cuando esos preceptos son leídos a la luz de los mandatos constitucionales que regulan, en lo que ahora importa, la distribución del poder en el régimen federal (arts. 5º, 124, 126 y 129) y los que adoptó la CABA para organizar los procesos judiciales en su jurisdicción (arts. 13 y 106). En cambio, reitero (véase punto 5), la Sala II, adoptó una interpretación presidida por la técnica del *contrario sensu* para arribar a la solución impugnada.

El eje central que debe guiar la interpretación que nos ocupa es la directiva constitucional que organiza el proceso bajo el esquema acusatorio (art. 13, CCBA). Sobre la disponibilidad que en ese terreno corresponde al ordenamiento local, frente a lo dispuesto por el art. 76 bis del C.P. en el marco del ámbito de reserva previsto en el art. 75 inc. 12 de la C.N., me ocuparé luego. Ahora, basta señalar que las interpretaciones *contrario sensu* deben hacerse con suma precaución para evitar conclusiones ajenas a la previsión legal que se pretende analizar. En cambio, ellas resultarían tolerables cuando, por su intermedio, la finalidad del mandato normativo también quedara cubierta leyendo el precepto *contrario sensu*. Ilustraré la idea con ejemplos. Una disposición que prohibiera ingresar animales domésticos a vehículos afectados al transporte público no puede ser leída como una autorización para

hacerlo con bestias salvajes. Por su parte, aquella otra que requiriera un permiso para acumular residuos cuyo peso supere las cinco toneladas, admite la técnica del *contrario sensu* porque por debajo de la cantidad legalmente estipulada se ha decidido tolerar la conducta y la tramitación del permiso no es exigible; en sentido estricto ese comportamiento quedaría al amparo del art. 19 de la C.N. pero, aún así, la interpretación a contrario sería admisible.

Para el supuesto que nos ocupa importa destacar que el legislador reglamentó las condiciones bajo las cuales el juez puede acordar la suspensión del juicio a prueba como un modo, primero, de sustitución de la persecución penal por el sometimiento a reglas de conducta y, finalmente, como un mecanismo que puede suscitar la extinción de la acción penal. No se trata de un supuesto destinado a otorgar al juez una potestad ajena a la función jurisdiccional, como lo sería controlar la decisión del fiscal de impulsar la acción o directamente desplazar a favor de los jueces su ejercicio. La razón por la que es el juez el encargado de acordar la *probation* reside en que nacen, en el marco del instituto y por consentimiento del imputado, obligaciones especiales para este cuya voluntad no puede estimarse libre de presiones. La figura del juez es necesaria pues para establecer si ese sometimiento puede sustentar decisiones de carácter jurisdiccional y no para controlar el desempeño del fiscal o suplantarlo en el ejercicio de la acción. Nada autoriza, entonces, a asumir que el énfasis del párrafo cuarto del art. 76 bis del C.P. que alude al consentimiento del fiscal implica que su aquiescencia no deba ser exigida en el resto de los supuestos que contempla el mencionado precepto. Sencillamente el legislador pudo enfatizar porque la regla sobre la cual se estructura el proceso, acorde al principio acusatorio, impide asumir que la reglamentación del instituto en cuestión pretendió modificar el reparto de competencias y funciones que corresponden a jueces y fiscales. Así delimitado el alcance y propósito de la norma en cuestión, la técnica del *contrario sensu* aplicada por el *a quo* no es adecuada para fundar una conclusión que releve a los jueces del deber de obrar exclusivamente a instancias del impulso de la acción que ejerza el fiscal. Frente a todo pedido de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, C.P.) las potestades del juez, en el punto que nos ocupa, son idénticas y siempre se requiere decisión del fiscal en torno al ejercicio de la acción. En otras palabras, aquello que no surge expresamente de los párrafos leídos en contraposición a las previsiones del apartado cuarto del art. 76 bis del C.P. es una derivación necesaria de la regla que gobierna el impulso de la acción.

Es interesante destacar que el método y la solución tampoco cambian cuando el análisis lo suscitan competencias jurisdiccionales privativas del juez. Pensemos en un supuesto en el que se solicita la suspensión del juicio a prueba, el fiscal brinda su consentimiento y, sin embargo, el juez rechaza la solicitud por cuanto no tiene por configurados los extremos típicos del delito en relación con el imputado. En esa situación el consentimiento del fiscal y su dominio sobre la acción no permite imponerle al juez un resultado (*probation*) que restringe un ámbito de decisión que le es privativo. Así como el juez no puede suplantar al acusador en el ejercicio de la acción, el fiscal no puede reemplazar al juez al momento de expedirse sobre la

pretensión punitiva en juego (conf. en lo pertinente mi voto *in re* "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas— Nº 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dykerman, Débora Judith s/infr. art. 80, CC'", expte. nº 6441/09, sentencia del 1º/9/2009).

8. En línea con todo lo dicho, el art. 205 del CPP CABA —que según la defensa no conduce a tener por configurada una oposición vinculante en autos, fs. 37— leído a la luz de la directriz impuesta por la CCBA (art. 13), dispone un reparto de roles análogo al previsto en el art. 76 bis en los términos ya analizados.

Las consideraciones generales del punto anterior se reproducen para lo que ahora importa y resultan de suma utilidad en relación con dos segmentos contenidos en el mencionado art. 205 CPP CABA que resalto en la transcripción que a continuación formulo:

"En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta inmediatamente antes del debate o durante éste cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el/la imputado/a podrá proponer la suspensión del proceso a prueba.

El Tribunal convocará a una audiencia oral con citación al/la peticionario/a, al Ministerio Público Fiscal y a la querellante, si lo hubiere, o a la víctima. Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión de la persecución penal, con las condiciones de cumplimiento que estime pertinentes, o la deniega.

La oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el Tribunal. Contra la decisión no habrá recurso alguno.

Cumplidas las condiciones impuestas, el/la juez/a, previa vista al Ministerio Público Fiscal, dictará sobreseimiento. *En caso de incumplimiento dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión, según corresponda".*

Nuevamente, la primera frase destacada no puede ser interpretada bajo la técnica del *contrario sensu* (véase punto 7) para concluir que la oposición del fiscal sólo es vinculante cuando se invocan razones de política criminal o la necesidad de que el caso se resuelva en juicio. Tampoco puede sostenerse que la inclusión de la palabra "fundamentada" signifique la voluntad de conferir al juez una potestad de control sobre el fiscal que se aparte del reparto propio del esquema acusatorio. En esta frase "fundamentada" opera como sinónimo de "asentada" o "basada". Nótese que de poco sirve exigir fundamentos a la oposición del fiscal si aún frente a su ausencia el juez no podría tomar en su poder el ejercicio de la acción. Frente a esa evidencia el intérprete debe seleccionar una inteligencia del precepto que no lo ponga en pugna con la CCBA (art. 13). Si el juez no puede ejercer la acción, un defecto en el modo de obrar del fiscal no puede significar transferir al juez la decisión de no impulsar la acción. Retomando la línea del ejemplo usado en el punto 7, párrafo cuatro, el juez siempre se mueve en el ámbito de resolución de la pretensión punitiva y no en el del ejercicio de la acción.

Por su parte, si no se está dispuesto a buscar una lectura constitucional del art. 205 del CPP CABA podría concluirse que la segunda de las frases destacadas

significa que, fracasada la *probation,* se otorga al juez la facultad de impulsar la acción. Bajo el imperio del sistema acusatorio, en cambio, el legislador sólo indica que frente al incumplimiento, el proceso continúa y lo hace, claro, en el marco de las reglas que lo gobiernan, por lo que será el fiscal quien debe expedirse para suscitar la decisión del juez posterior al fracaso de la *probation*.

9. Despejado todo lo anterior, queda en evidencia por qué no existe oposición entre, por un lado, las previsiones de los arts. 76 bis del C.P. y 205 del CPP CABA, y por otro, el ámbito de reserva del art. 75 inc. 12 de la C.N.

En cuanto a lo primero, según lo señalado en el punto 7 de este voto, el contenido antagónico que se atribuye a los preceptos mencionados sólo existe cuando el operador decide leer los diversos supuestos allí contemplados bajo la técnica del *contrario sensu* y desligados de la fuente normativa que define cuáles son las competencias atribuibles al juez y cuáles al fiscal. Ausente alguna explicación o fundamento legal que permita conferir al juez la potestad para ejercer dominio sobre el impulso de la acción resulta imposible asumir que cuando el legislador enfatiza aspectos propios de la actuación del fiscal (v. gr. potestad para elegir impulsar la acción) al propio tiempo indica que la ausencia de ese énfasis adicional implica transferir al juez la potestad de disponer del ejercicio de la acción.

10. Sobre la segunda cuestión, es un principio básico aquel según el cual el federal es un gobierno de poderes enumerados, mientras que las provincias, y la Ciudad de Buenos Aires tienen el poder residual que les aseguran los arts. 121, 124, 126 y 129 de la C.N. A la luz de esta regla, para que una ley del Congreso nacional integre la ley suprema de la Nación (en los términos del art. 31 de la C.N.), ella debe sustentarse en una atribución que le haya sido conferida a dicho Poder por la Constitución Nacional.

Sin embargo, aunque enumerados, esos poderes o atribuciones no tienen por qué serlo expresamente. La jurisprudencia norteamericana había desarrollado ya antes de 1853 las nociones de poderes implícitos y resultantes.[44] La idea de poderes inherentes contenida en el precedente "United States v. Curtiss-Wright Export Corporation" (299 U.S. 304) es del año 1936, y está dirigida a atribuciones de naturaleza muy alejada de la que hoy nos ocupa, atribuciones que, por hipótesis, no pueden colidir con las provinciales. Empero, si la atribución de legislar acerca del modo de organizar los procesos judiciales en el ámbito local no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta de la masa de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada Estado federado.

La idea de institutos generales como fundamento de la extensión de competencias federales hasta invadir las locales fue expresamente desechada por la

[44] "Mc Culloch v. State of Maryland" 17 U.S. 316 (1819) ; "Gibbons v. Ogden" 22 U.S. 1 (1824) y, finalmente, "American INS. v. 356 Bales of Cotton", 26 U.S. 511 (1828).

jurisprudencia americana, no por razones de imposibilidad teórica sino porque la teoría, cualquiera fuera su acierto, no puede redistribuir lo que la Constitución ya distribuyó (conf. "Erie Railroad co. v. Tompkins", 304 U.S. 64, 1938).

Por lo demás, si bien las cláusulas locales no pueden contener previsiones que entren en colisión con las normas nacionales que constituyen la ley suprema de la Nación con arreglo al art. 31 de la C.N., la divergencia de textos (local y nacional) sobre una misma materia implicará la inconstitucionalidad de la normativa local sólo cuando las leyes del Congreso estén sancionadas dentro del universo de poderes enumerados. Fuera de él, no son ley suprema de la Nación.

Desde otro ángulo, en tanto aceptemos que la inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del sistema y que el legislador se presume coherente, habrá que concluir que la interpretación propiciada es, además, la única posible: el Código Penal no trata el modo en que se organiza el proceso judicial en relación con el reparto de atribuciones entre el juez y el Ministerio Público Fiscal. Sentado ello, la solución del caso de autos puede prescindir de determinar si el Congreso nacional tiene la competencia para atribuir al juez el ejercicio de la acción. Si, por hipótesis se asumiera que, acorde con el art. 75 inc. 12 de la C.N., el Código Penal pudo tratar unificadamente el tópico que nos ocupa (ejercicio de la acción penal o, mejor, atribución de ese ejercicio a un órgano local), aun así el art. 126 de la C.N. abriría la puerta a la regulación por las provincias de esa cuestión que, aunque parte del derecho común en la hipótesis bajo análisis en este punto, no recibió atención aún del Congreso (como ocurre en nuestro medio, según acabo de explicar). En realidad, probablemente, como ya expresé más arriba, el Congreso nacional la estimó, con compartible criterio, ajena a sus poderes.

Es decir que, una vez sentada la interpretación según la cual el Código Penal no atribuye el ejercicio de la acción pública a ningún sujeto más que al Estado, la legislación local está respaldada por el art. 124 o bien por el 126 de la C.N. para hacerlo, y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del art. 116, siempre de la C.N.

Para el supuesto que nos ocupa, la pretendida incompatibilidad entre el art. 205 del CPP CABA y el art. 76 bis del C.P., en desmedro de la supremacía atribuible al segundo por imperio del art. 75, inc. 12, de la C.N., por un lado, soslaya que, según quedó dicho, tanto la norma nacional (en general y en particular para el delito investigado en autos) como la local requieren que el fiscal preste su consentimiento para suspender el juicio a prueba (véanse puntos 7 y 8). De todos modos, por otro, la pretendida incompatibilidad se postula sin mostrar interferencia de la norma local en ámbitos privativos de la legislación de fondo. Menos aún podría sostenerse sobre la base del planteo bajo estudio que se encuentre controvertida una materia federal para justificar el desplazamiento de la norma local impugnada. La plena armonía entre los preceptos estudiados (véase punto 9) deriva de asignarles una lectura que concilia las normas constitucionales en juego en el marco del régimen federal. En ese contexto, mientras que corresponde al legislador nacional establecer el universo de las acciones de instancia pública, es privativo de las jurisdicciones

locales regular el modo de organizar los procesos mediante los cuales se resolverán tales acciones. Hay una diferencia entre, por un lado, disponer el inicio "de oficio" de las acciones públicas (art. 71 del C.P.) y, por otro, resolver qué órgano local será el destinatario de ese mandato o cómo será organizado localmente ese órgano. La primer potestad ha sido ejercida en el ámbito del art. 75 inc. 12 de la C.N., la segunda compete a las autoridades locales a quienes la Constitución Nacional garantiza el derecho a darse sus propias instituciones, entre ellas la administración de justicia (art. 5º y 129).

El ejercicio por parte del Congreso de la Nación de la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI, art. 71, C.P.) y un modo de extinción de la acción penal (Título XII, art. 76 bis, C.P.) no supone haber restringido la potestad local para definir la organización de los procesos judiciales. Menos aún podría arribarse a tal conclusión si se advierte que, en un supuesto como el de autos, el art. 76 bis, cuando dispone expresamente sobre el punto que nos ocupa, alude al fiscal como el titular del ejercicio de la acción.

11. En esa línea, el alcance del sistema acusatorio desarrollado en el precedente citado por el señor fiscal general adjunto, registrado en *Fallos,* 327:5863 resulta aprovechable en cuanto señala que el derecho de defensa y la imparcialidad que resguarda el principio acusatorio presupone que el impulso de la acción "provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del 'debate' (...) sino que su vigencia debe extenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de su realización" (consid. 16). También resulta destacable cuando aclara que "...aún en un contexto normativo limitado a lo que ha dado en llamarse el principio 'acusatorio formal' (...) resulta insostenible que sea el tribunal (...) el que pueda ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo a favor de la persecución, asuman un compromiso activo a favor de ella" (consid. 19). Ambos pasajes demuestran que el ejercicio de la acción y la decisión de impulsarla —consecuencia que surge como contrapartida de haberse negado a prestar consentimiento para suspender el proceso a prueba— son decisiones privativas del agente fiscal en las que no puede quedar sustituido por el juez. La intervención de los fiscales y de los jueces, según el precedente citado, involucra el ejercicio de misiones que "se excluyen recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar" por tanto los jueces carecen de facultades para "...determinar el contenido de los actos del fiscal" (consids. 23 y 33). En el supuesto que nos ocupa, los jueces de mérito han querido "determinar" que el fiscal no impulse la acción posibilidad que, conforme quedó dicho, excede las potestades jurisdiccionales a su cargo (art. 13 CCBA y arts. 76 bis, C.P. y 205, CPP CABA).

12. En cuanto a las potestades de los Estados locales conviene destacar que en una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los Estados locales delegantes no concurren a esa

delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el "pueblo" —cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la C.N. y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece— es tanto el que reside en las Provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los Estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos (conf. voto conjunto de los jueces Conde, Casás y Lozano en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de incompetencia en autos NN s/inf. art. 00 —presunta comisión de un delito—'", expte. n° 6397/09, sentencia del 27/8/2009) .

13. La soberanía popular es, queda claro, un dato central en nuestro sistema constitucional. Una parte importante de la discusión de autos se ha pretendido apoyar en la idea de que la regulación de fondo en materia de suspensión del juicio a prueba condiciona el modo de organizar los procesos judiciales en sede local. Esa postura conduce a leer que el art. 76 bis del C.P. otorga al juez la potestad de suspender el ejercicio de una acción que el fiscal, al no consentir el pedido de acceder a una *probation*, pretendía impulsar. Necesariamente una lectura tal supone asumir que la titularidad de la acción reside originalmente en el órgano legislativo que, por tanto, podría administrar el modo en que atribuye su impulso. Sin embargo, no es esa la posición que en el punto asumen la C.N. y más de tres cuartos de las constituciones provinciales (entre ellas art. 104 inc. 8º, CCBA) que al otorgar la facultad de indultar al Poder Ejecutivo atribuyen la titularidad en cuestión a esa rama del gobierno y no al Poder Legislativo.

Por lo demás, no se conocen supuestos en que el Congreso nacional haya asumido la potestad de indultar por sí o facultado al PEN a hacerlo respecto de delitos sujetos a jurisdicción provincial.

14. Es cierto que, desde la perspectiva del imputado, la decisión de suspender el proceso a prueba guarda semejanza con facultades propias del ámbito jurisdiccional. Así, aplicar penas y decidir dejarlas en suspenso puede tener insisto, para su destinatario, similitud con obtener una *probation* que difiere una posible condena o, directamente, la reemplaza por reglas de conducta cuyo cumplimiento puede suscitar la declaración de extinción de la acción penal (art. 76 ter, C.P.). En ambos supuestos, la decisión final en torno a la aplicación de una pena depende del juez. Empero, contemplada esa faceta, no se han brindado fundamentos normativos que permitan identificar el ejercicio de la acción con una función del juez. Ese poder sobre la acción es el que se le transmite cuando se acepta que puede suspender el proceso a prueba mediando oposición del fiscal. Sin embargo, suspender una pena y suspender una acción no son supuestos asimilables.

15. Las consideraciones formuladas en relación con las cuestiones planteadas por el recurrente conducen a revocar la sentencia del *a quo*, y en tanto ellas agotan la controversia suscitada en torno a la posibilidad de suspender este proceso a prueba mediando oposición del fiscal —asunto que compromete aspectos de derecho exclusivamente—, corresponde resolver el fondo del planteo y, por remisión a los mentados argumentos, revocar la sentencia impugnada, declarar la nulidad de la suspensión del proceso a prueba y devolver la causa a sus efectos (art. 31, ley 402).

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por hacer lugar a la queja, así como al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara, del 21/11/2008, dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba resuelta a favor del Sr. Carlos Maximiliano Benavídez, debiendo continuar las actuaciones según el impulso que recibieren conforme la regulación aplicable.

La jueza Ana María Conde dijo:

En líneas generales, suscribo el voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás, y comparto los desarrollos contenidos en el voto de mi colega el doctor Luis F. Lozano. Contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público de la Defensa esta queja fue interpuesta por un sujeto que se encuentra habilitado para presentarla y no ha sido este Tribunal el que ha permitido la "bilateralidad" que perturba a esa parte, sino que tal concesión o reconocimiento, con acierto o error, proviene de la ley procesal vigente, cuya constitucionalidad no ha sido controvertida de manera seria y tempestiva en estos autos ("Alegre de Alvarenga", 22/6/2009).

A todo evento, corresponde señalar que la decisión que suspende el juicio a prueba a pesar de la oposición del Ministerio Público Fiscal no tiene el mismo alcance o efecto para éste, que las consecuencias que proyectaría aquella otra decisión que no hace lugar a la *probation* a pesar de la intención del imputado de acogerse a ese beneficio. Ello así, porque, en un caso, se le impide la continuación del trámite procesal de acuerdo a su discrecionalidad técnica al funcionario encargado de llevar adelante e impulsar aquel trámite, mientras que, en el otro, el proceso continúa —al margen del comprensible disgusto del sujeto imputado— de acuerdo con los cauces normales propios de cualquier juicio penal y hasta su terminación. En palabras muy simples, para el Ministerio Público Fiscal la decisión que concede una *probation* en contra de su voluntad constituye una que culmina el proceso y cierra toda discusión —al menos de manera momentánea, pero con previsible grado de certeza si el imputado cumple satisfactoriamente su compromiso—, mientras que, para el encartado, la decisión que la deniega no proyecta más consecuencias que la continuación del trámite y de toda discusión que corresponda o no llevar a cabo. Dicho esto, la eventual equiparabilidad a "sentencia definitiva" (art. 27, ley 402) de una y otra decisión según quien la recurre parece encontrarse subordinada a circunstancias de distinta naturaleza: el gravamen irreparable para el Ministerio Público Fiscal estará presente sólo cuando sea verificable un razonable interés en que un determinado proceso continúe y se sustancie el juicio; mientras que para

el imputado ese perjuicio sólo estará presente en el supuesto de que se le hubiera denegado la posibilidad de acogerse a este beneficio de manera irrazonable o manifiestamente infundada y, por lo tanto, se pretenda la realización de un juicio que resulte innecesario o absurdo.

En el precedente "Benítez" (23/5/2007) consideré que la interpretación de los jueces de la Sala III del tribunal *a quo*, sobre el instituto legal previsto en el art. 76 bis del C.P., en virtud de la cual entendieron que era "vinculante" el dictamen del fiscal acerca de la inconveniencia de otorgar una suspensión del juicio a prueba con relación a aquel encartado —fundada en "razones de política-criminal que aconsejaban no otorgar[la]" que vale recordar no habían sido compartidas pero sí "fueron considerad[a]s por ellos como un obstáculo serio, razonado y suficiente para no conceder el 'beneficio' solicitado"—, no desvirtuaba el texto de la ley, ni resultaba injustificado o constitucionalmente intolerable para ese imputado. En esa oportunidad concluí que "en la medida en que un fiscal expres[ara] fundamentos suficientes (o incluso *opinables*)", correspondía dar virtualidad a su negativa en el caso concreto, toda vez que —en mi concepto— "la manera como debe impulsarse la acción o dejar de hacerlo es una atribución exclusiva del órgano requirente y [e]l control que efectúan los jueces sobre los fundamentos del [Ministerio Público Fiscal], no debiera importar tanto como desplazarlo en ese ejercicio (…) [ya que de] lo contrario, bastaría con que un magistrado no compartiera tales argumentos, o directamente prescindiera de éstos (…), para desnaturalizar el contenido del instituto y el alcance de su función dentro del proceso penal".

En la actualidad, esta misma interpretación ha sido consagrada por el legislador local en el art. 205 del Código Procesal Penal (ley 2303) —cuya constitucionalidad no ha sido ni siquiera controvertida— en cuanto establece que "[l]a oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el Tribunal". El parámetro para dar virtualidad a aquella negativa, en sintonía con lo que expresé en el precedente mencionado en el párrafo que antecede, es que existan y se den "razones" relacionadas con el caso concreto y que permitan conocer, o, al menos, deducir, en qué consiste o se funda la conveniencia de que se sustancie el juicio —conveniencia que, por cierto, no puede provenir de un examen abstracto o general que resulte insuficiente por sí sólo para dar sustento a una oposición "fundamentada" en la causa concreta y que termine por vaciar de contenido a la frase "razones de política criminal", desde que tales razones algo habrán de explicar acerca de la situación puntual de un determinado sujeto, sobre las particularidades o circunstancias en las que tuvo lugar un determinado suceso o acerca de la impertinencia de resolver el conflicto mediante una salida alternativa al juicio oral y público—. La eventualidad de que el fiscal promueva la realización de un juicio cuando lo crea ventajoso para los intereses generales que encarna, o su suspensión "a prueba", no implica reconocerle facultades discrecionales que de cualquier manera excedan a las que ya tiene otorgadas de acuerdo con los principios constitucionales que rigen en esta Ciudad (en particular, arts. 13.3, 124 y 125, CCBA) y a las normas

infraconstitucionales que gobiernan su actuación, dentro de los procesos de naturaleza penal que tramitan en la jurisdicción local. En ese sentido, los integrantes del Ministerio Público Fiscal cuentan con un cierto grado de discrecionalidad —grado que se relaciona de manera directa con los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad que, se presupone, deben guiar su actuación procesal— para definir el curso de acción que debe seguir un determinado proceso en función de los hechos que han investigado y que, si corresponde, tendrán que demostrar.

En el caso, el fiscal de primera instancia que intervino en la audiencia expresó que: "[p]ara fundar en concreto, la Fiscalía pretende llevarlo a juicio porque se lo encontró sentado junto a otra persona, *en un bar en una zona densamente poblada, con un arma apta para el disparo y cargada.* Las circunstancias del juicio determinarán si fue así o no"; y, luego, agregó que: "*[a]lguien del bar convocó al personal policial,* siendo que al acercarse, *habrían intentado darse a la fuga. Estas circunstancias conforman una situación distinta de aquellos imputados en otras causas* por portación o tenencia, en las que aducen razones de seguridad personal. Los imputados *no dieron razón alguna de la tenencia de otros elementos tales como cinta para embalar,* los que permiten pensar en que cinta para embalar en manos de una persona, sumado a la portación de un arma de fuego, podría ser utilizada para algún propósito posterior junto con el arma de fuego" (fs. 2; no destacado en el original). En síntesis, cualquiera que sea el acierto o error de la hipótesis de investigación seguida por el Ministerio Público Fiscal o de las estrategias probatorias que no pudo desplegar, a causa de la suspensión del juicio a prueba resuelta contra su expresa voluntad, lo cierto es que esos fundamentos pueden ser calificados como "opinables" (*in re*, "Benítez"), pero bajo ningún concepto pueden ser reputados de inexistentes o desvinculados con esta causa. Dicho de otro modo, el "panorama sobredimensionado de la situación fáctica real para así justificar la eventual imposición de una pena máxima", que (a fs. 22) los distinguidos integrantes de la Sala II atribuyen al órgano acusador, en autos, no pasa de ser una particular forma de subrogar al Ministerio Público Fiscal en su función —adelantándose injustificadamente en la valoración de aspectos materiales de una imputación que en todo caso debió ser objeto de prueba y contradicción—, constituyendo tal subrogación un desconocimiento del sistema acusatorio, del principio de imparcialidad y del debido proceso. Los fundamentos desarrollados por el titular de la acción por lo tanto, "sin más aditamentos, constituyen 'un obstáculo serio, razonado y suficiente' como para no otorgar el beneficio que se solicita, toda vez que importan una valoración procesal global del imputado y de las características del delito (concreto) que aquí se le atribuye, valoración surgida a partir de un minucioso estudio del caso por parte del representante del Ministerio Público Fiscal" ("Toledo", 28/10/2009); minucioso estudio, que, aun en el supuesto de que finalmente resulte incorrecto o exagerado, deberá ser validado o no por los magistrados de la causa al momento de dictar la sentencia que se expida sobre su mérito.

Por lo expuesto, voto por *hacer lugar* a los recursos interpuestos por el titular de la acción —que, en este caso, ha demostrado tener un razonable interés en que el

proceso no sea suspendido—, *revocar* la resolución de la Sala II del tribunal *a quo* en cuanto fue materia de agravio, *dejar sin efecto* la suspensión del juicio a prueba resuelta a favor del Sr. Carlos Maximiliano Benavídez y *ordenar* la continuación del trámite, tal como ha sido solicitado, ante quien corresponda.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 44/52 vta. si bien fue interpuesta por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402) debe ser rechazada. El señor fiscal de Cámara no ha logrado conmover los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar su recurso de inconstitucionalidad, ni da fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisible porque no estaba dirigido contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal (fs. 40/42 vta.).

El quejoso no da razones que permitan comprender por qué el caso le produciría un daño que merezca reparación inmediata. Confusamente se limita a afirmar que "es indudable entonces, que la sentencia que concede una suspensión del proceso a prueba que no fue consentida por el Ministerio Fiscal, de modo que puede decirse que la *probation* le ha sido impuesta al Ministerio Fiscal" (fs. 48 vta.). E insiste de manera poco convincente en que "aun cuando pueda existir una reparación en el futuro, si ésta no es oportuna por tardía e ineficaz, la resolución del caso se hace similar a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario".

3. En síntesis, la queja debió explicar en qué consistiría el daño —cuya reparación la Fiscalía califica de urgente—, y no lo hizo, lo que basta para tornarla inadmisible en el marco de las disposiciones de la C.N. y de la CCBA, según las cuales las garantías del procedimiento penal no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados.

4. Por lo expuesto voto por rechazar la queja.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de queja agregado a fs. 44/52.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 24/32, *revocar* la sentencia de Cámara, del 21/11/2008, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CCXXIV

"GCBA C/CONSORCIO DE PROPIETARIOS 25 DE MAYO S/OTRAS CAUSAS DONDE LA AUT. ADMIN. ES ACTORA S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Allanamiento. Ejecución de acto administrativo. Competencia del fuero Penal, Contravencional y de Faltas. Principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. Seguridad jurídica. Economía procesal.

SUMARIOS:

1. Más allá del acierto o error del criterio sustentado para respaldar la declaración de competencia resuelta por la señora jueza del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas que previno en el caso, donde el GCBA pretende que se ordene un allanamiento para dar cumplimiento a un acto administrativo, en virtud de que esa decisión expresa que se encuentra consentida desde hace más de un año por las partes y la actuación posterior que la magistrada aludida desplegó en el marco del proceso, corresponde hacer primar el denominado principio de la *perpetuatio jurisdictionis* para tutelar la seguridad jurídica y por razones de celeridad y economía procesal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. El Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas creó la excepción al criterio que, en rigor, hubiera conducido a dirimir esta contienda a favor del fuero Contencioso Administrativo por estar en juego el control de un acto administrativo carente de autotutela en los términos del art. 12 de la LPACABA, acto que, además, en lo que se refiere a la intervención judicial requerida por la Administración no involucraba la investigación de ninguna falta o contravención. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. Dado que la petición consistió desde un principio en un pedido de allanamiento a los fines de efectivizar una orden administrativa que requiere la utilización de la fuerza pública, a los efectos de retirar el cerramiento del lavadero de uso común del consorcio por haber sido destinado presumiblemente como cocina para el encargado del edificio y que la cuestión pendiente de cumplimiento sólo está vinculada, desde un principio, a la ejecución del acto administrativo dictado por la administración activa en el marco de las facultades propias de su actividad administrativa de "policía", es competente el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAO n° 7491/10 - 8/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Agencia Gubernamental de Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el 3 de julio de 2009 orden de allanamiento ante la Fiscalía Nº 7 con competencia penal, contravencional y de faltas a los fines de "ejecutar —a través de su Dirección General de Fiscalización y Control de Obras y con la colaboración de la Dirección Guardia de Auxilio y Emergencias— el desmantelamiento de la construcción irregular realizada (...) en la unidad destinada a portería" —piso 11 del inmueble ubicado en la calle 25 de Mayo 758 de esta Ciudad— y, "de esa forma ejecutar la resol. 409-AGC/08" (fs. 14).

2. A fs. 15 la fiscal a cargo remitió el legajo a la Cámara de Apelaciones del fuero "a efectos de que se desinsacule el Tribunal que deberá entender en el presente".

Efectuado el sorteo y asignada la causa al Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4, su titular se declaró competente el 14 de agosto de 2009 e hizo saber "al Consorcio de propietarios y/u ocupantes del inmueble de la calle 25 de Mayo nº 758 piso 11 'unidad destinada a portería', que de conformidad con la resol. 409/AGC/08, se ha dispuesto que de inmediato en el inmueble mencionado se proceda al retiro del cerramiento del lavadero (fs. 19/20).

Posteriormente, teniendo en cuenta las presentaciones efectuadas por la Dra. Lucía Helguera —propietaria de dos unidades funcionales del edificio (fs. 28, 66, fs. 80/81 y 108/109)— y por la apoderada del consorcio, Dra. María Fasanella (fs. 38); produjo prueba informativa (fs. 47, 51, 56, 84, 96, 100, 111), y dispuso "realizar un relevamiento del inmueble de marras a través de la oficina de oficiales de Justicia del Consejo de la Magistratura local (...) a fin de realizar una inspección ocular" (fs. 115/116) y, asimismo, ordenó además que se "proced[iera] a extraer vistas fotográficas del lugar que ilustren acerca de la situación del inmueble" (fs. 148).

Finalmente, tras haber corrido vista de la inspección ocular al Director Ejecutivo de la Agencia Gubernamental de Control a fin de que expidiera acerca de la subsistencia de las razones que originaron la solicitud de allanamiento (fs. 231) —requerimiento que fue respondido positivamente a fs. 247/248—, con fecha 18 de mayo de 2010 la señora jueza actuante declinó su competencia con sustento en que "el pedido de allanamiento solicitado (...) tiene como único objeto dar cumplimiento con el acto administrativo dictado por resol. 409-AGC/08, excediendo por lo tanto la competencia de este fuero Penal, Contravencional y de Faltas, toda vez que el allanamiento no se peticiona para instrumentar ni la persecución penal, ni contravencional, ni por faltas, atento que (...) el consorcio ya había sido sancionado en sede administrativa quedando firme la resolución en sede judicial conforme surge a fs. 252", y en doctrina de este Tribunal (véase fs. 287/292).

3. La jueza titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15 rechazó la competencia atribuida por su par del fuero Penal, Contravencional y de Faltas por entender que "la decisión de la señora jueza en lo Penal, Contravencional

y de Faltas no ha sido adoptada en alguna de las etapas procesales pertinentes, sin perjuicio de señalar que el objeto de la presente causa consistió de su inicio en que se ordene el efectivo cumplimiento de la disposición 409/AGC/08" (fs. 305).

4. A fs. 353 y vta. la jueza previniente insistió en la decisión adoptada a fs. 287/292 y remitió el expediente a este Tribunal.

5. El señor fiscal general emitió su dictamen a fs. 358/360 y propició atribuir la competencia a la magistrada en lo penal, contravencional y de faltas por considerar que "la actividad procesal desplegada (...) habría tenido por virtualidad fijar su competencia para conocer el planteo incoado".

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La cuestión de competencia traída a decisión del Tribunal presenta algunas peculiaridades que aconsejan remitir la causa al fuero Contencioso, Administrativo y Tributario.

La Agencia Gubernamental de Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el 3 de julio de 2009 orden de allanamiento ante la Fiscalía Nº 7 con competencia penal, contravencional y de faltas a los fines de "ejecutar —a través de su Dirección General de Fiscalización y Control de Obras y con la colaboración de la Dirección Guardia de Auxilio y Emergencias— el desmantelamiento de la construcción irregular realizada (...) en la unidad destinada a portería" —piso 11 del inmueble ubicado en la calle 25 de Mayo 758 de esta Ciudad— y, "de esa forma ejecutar la resol. 409-AGC/08".

La petición consistió desde un principio en un pedido de allanamiento a los fines de efectivizar una orden administrativa que requiere la utilización de la fuerza pública, a los efectos de retirar el cerramiento del lavadero de uso común del consorcio por haber sido destinado presumiblemente como cocina para el encargado del edificio (véanse fs. 3/5 y 14/15). El objeto procesal del allanamiento fue, además, ratificado por el Director Ejecutivo de la Agencia Gubernamental de Control a fs. 247/248.

Los trámites cumplidos por la jueza penal, contravencional y de faltas disipan cualquier duda en el sentido de que esa actividad estuviera orientada en estas actuaciones a algún tipo de persecución o sanción penal.

En suma, el análisis de las constancias obrantes en la causa exhibe que la cuestión pendiente de cumplimiento sólo está vinculada, desde un principio, a la ejecución del acto administrativo dictado por la administración activa en el marco de las facultades propias de su actividad administrativa de "policía".

Como ya sostuve en otra oportunidad (conf. mi voto en "Titular de la explotación comercial, calle Av. Martín García 896 1º, 2º, 3º, y azotea s/allanamiento s/conflicto de competencia", expte. nº 6445/09, resolución del 29/4/2009), a partir de las circunstancias fácticas reseñadas y atendiendo al marco constitucional y legal aplicable (normas de fondo y reglas de distribución y asignaciones de competencia

jurisdiccional y del Ministerio Público en la Ciudad) considero que es competente el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario.

En efecto, los argumentos que la jueza penal expone al declararse incompetente (fs. 287/292) son acertados y corresponde priorizarlos, aunque sean producto de una reflexión tardía. Es indudable que "el fuero CAyT es quien mayor experiencia tiene en la efectivización de esos derechos por ser quien interviene en todas las acciones de amparo dirigidas contra el GCBA por incumplimiento a los mandatos constitucionales" (arts. 17, 20 y 31, CCBA), como así también que ya sea por el objeto del allanamiento que se solicita como por la experticia que posee el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario para entender en todo lo que implique la garantía de los derechos de los administrados previstos en la Constitución de la CABA que ineludiblemente se verán afectados al disponerse el retiro de la obra efectuada presuntamente de manera irregular (véase mi voto en la causa "Martín García" recién aludida).

Por último quiero subrayar que la remisión que propicio no generará demoras ni retrotraerá el trámite, ni, por las razones expuestas, puede atribuirse a un mero formalismo ritual.

2. En atención a los argumentos expuestos voto por atribuir la competencia al Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 15.

Así voto.

Los jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano dijeron:

Más allá del acierto o error del criterio sustentado para respaldar la declaración de competencia resuelta con fecha 14 de agosto de 2009 por la señora jueza del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas que previno en el caso, donde el GCBA pretende que se ordene un allanamiento para dar cumplimiento a un acto administrativo (fs. 19/20 vta.), entendemos que, en virtud de esa decisión expresa que se encuentra consentida desde hace más de un año por las partes y la actuación posterior que la magistrada aludida desplegó en el marco del proceso (conf. relato contenido en el punto 2 del "resulta"), corresponde hacer primar el denominado principio de la *perpetuatio jurisdictionis* para tutelar la seguridad jurídica y por razones de celeridad y economía procesal (conf. este Tribunal *in re* "GCBA c/predio Felipe Vallese 3164 s/otros procesos especiales s/conflicto de competencia", expte. nº 42.248/05, sentencia del 12/10/2005, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VII-B, año 2005, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 1170 y ss., entre otros). En este sentido, se advierte que las partes involucradas en el juicio —no sólo el GCBA— han efectuado distintas presentaciones que fueron atendidas por el juzgado que previno y también que la señora fiscal que actúa ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas, el día 26 de abril del corriente año, ya ha peticionado que se proceda con el allanamiento en cuestión (fs. 250 vta.), con lo cual el cambio de radicación requeriría, cuanto menos, satisfacer la mentada secuencia procesal a través del Ministerio Público Fiscal del nuevo fuero que debería intervenir en el expediente.

Con lo expuesto queda claro que el juzgado creó la excepción al criterio que, en rigor, hubiera conducido a dirimir esta contienda a favor del fuero Contencioso Administrativo por estar en juego el control de un acto administrativo carente de autotutela en los términos del art. 12 de la LPACABA. Ese acto, además, en lo que se refiere a la intervención judicial requerida por la Administración no involucraba la investigación de ninguna falta o contravención.

En virtud de las consideraciones expuestas y de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general (fs. 358/360 vta.), corresponde declarar la competencia del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 para entender en este caso.

Así lo votamos.

Por ello, por mayoría y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 para entender en este caso.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento a la titular del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15 y se remita la causa al Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4.

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

CCXXV

"ROCCA DE HERMIDA, SILVIA AMALIA C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS CONTRA LA AUT. ADMINISTRATIVA S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. EXPROPIACIÓN: Abandono. Acción de reivindicación. Indemnización. Pago del precio.

SUMARIOS:

1. La parte recurrente logra acreditar la existencia de una cuestión constitucional consistente en que el GCBA le habría expropiado un inmueble de su propiedad, sin que estuviesen dadas las condiciones que prevén para ello los arts. 12, inc. 5º, de la CCBA y 17 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. El art. 12, inc. 5º, de la CCBA dispone, que el Estado no puede apropiarse de la propiedad de las personas sin que exista una ley que declare su utilidad pública y consecuente expropiación (en igual sentido describe esa garantía el art. 17 de la C.N.). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Si bien ha existido una ley que declaró de utilidad pública y sujetó a expropiación al inmueble de la actora con el objeto de darle la finalidad que hoy tiene, esa expropiación fue declarada abandonada casi 10 años antes de que comenzaran a realizarse las obras tendentes a construir la plaza. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Si bien es cierto que la parte actora no ha formulado de la manera más precisa sus planteos, no lo es menos que el GCBA no se agravia de esa circunstancia en su contestación del recurso de inconstitucionalidad, y afirma que ha adquirido el inmueble en cuestión por medio de vías de hecho, reconociendo además, un derecho en cabeza de la parte actora que no es el de recuperar su propiedad sino el de reclamar la indemnización por el valor del terreno de acuerdo con la ley 238. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. La parte actora expresa en el recurso que si es intención del Estado hacer del inmueble una plaza pública, como se definió al contestar la demanda, acepta que la restitución del inmueble sea sustituida por el pago del justo precio, que es su valor de mercado y el resarcimiento de los perjuicios, por lo que para resolver la controversia corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia en cuanto fue materia de agravios; y devolver la presente causa a la Sala I de la Cámara CAyT a fin de que se dicte sentencia de acuerdo a lo aquí resuelto. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. Si bien la accionante planteó en su demanda como única pretensión la reivindicación del inmueble, existen distintas circunstancias que justifican, en esta instancia, que se condene al GCBA a abonar a la accionante una indemnización equivalente al valor de la propiedad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Ante la circunstancia de que el terreno ha sido adquirido ilegítimamente por parte del GCBA, acoger la acción reivindicatoria implicaría una solución notoriamente disvaliosa, ya que se privaría a la sociedad del uso y goce de un espacio verde destinado al público esparcimiento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. De las circunstancias fácticas del caso y de las actuaciones con efectos jurídicos en sede administrativa y en sede judicial surge que el inmueble objeto de reivindicación es propiedad de la actora, tal como fue varias veces admitido por el Gobierno de la Ciudad; y resulta asimismo que el bien reivindicado fue ilegítimamente afectado al uso público por el demandado, y que no concurre ningún atenuante que mande o permita sustituir la restitución debida con una condena al pago de daños y perjuicios. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Los fundamentos del fallo recurrido de inconstitucionalidad no son sino aparentes y, por lo tanto, incapaces de sostener la solución propuesta; y el rechazo arbitrario de la acción de reivindicación implica para la actora la privación ilegítima

de la propiedad del inmueble en cuestión, con menoscabo al derecho de propiedad (art. 17 C.N. y art. 12 inc. 5º CCBA), por lo que corresponde revocar la sentencia impugnada en cuanto fue materia de agravio y hacer lugar a la acción de reivindicación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 7072/10 - 9/9/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Silvia A. Rocca de Hermida promovió acción real de reivindicación del inmueble de la calle Virrey Cevallos 1205, esquina San Juan 1602/14 de la CABA, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En la demanda relató que el inmueble "fue afectado a expropiación por ordenanza 33.987 y ley 22.569 para la construcción de una plaza pública" (fs. 1). Refirió también que "dada la inactividad de la ex Municipalidad de Buenos Aires", inició demanda por abandono de expropiación a la que el GCBA se allanó, por lo que en octubre de 1990 recayó sentencia de abandono que fue consentida por ambas partes (fs. 1 vta.).

Continúa narrando que en febrero de 2000, a pesar de la sentencia de abandono de expropiación —cuya notificación a la Dirección de Fiscalización de Obras y Catastro consta en el certificado de nomenclatura parcelaria del inmueble—, el GCBA "volteó lo que quedaba de edificación, se sacaron los cimientos y se colocaron paneles de césped" (fs. 1 vta.), y se convirtió el inmueble en una plaza pública.

Ante esa conducta del GCBA, la actora remitió una carta documento en marzo de 2000 —que acompaña—, en la que intimó "a que en el plazo de 15 días, ante la perturbación a mi derecho de propiedad por medidas adoptadas por el GCBA se expida si nuevamente se declarará sujeto a expropiación dicho inmueble, y con pago del justo precio; o sólo se trata de una situación de hecho que motivará la pertinente acción por daños y perjuicios" (fs. 1 vta.), ello, "bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales pertinentes en caso de silencio o negativa". Por toda respuesta fue intimada, en abril de 2000, a acreditar su carácter de titular del dominio del edificio en cuestión (fs. 2), dio cumplimiento a lo ordenado, y esa fue la última actuación en el expediente administrativo hasta que en julio de 2001 solicitó pronto despacho. En septiembre de 2002, ante el silencio de la administración, promovió la presente acción de reivindicación.

La accionante precisa que su caso no está contemplado en la ley 238 —de expropiación— entre los que admiten acción de expropiación inversa, pues su inmueble no es objeto de una declaración de utilidad pública, ni de un juicio de expropiación. Remarca que por las acciones y omisiones del demandado se vio desposeída de su propiedad, de la que tampoco conserva el uso y goce y que "nadie

la compraría a un precio justo en su estado actual" (fs. 3), lo que entiende vulnera su derecho de propiedad (art. 17, C.N.).

En consecuencia, sostuvo: "Reivindico mi propiedad, contra el demandado, que se encuentra en su posesión (art. 2758, Cód. Civil) el que me lo deberá restituir, dejándolo desocupado y en estado que pueda entrar en su posesión (art. 2794, Cód. Civil)". Reclamó también los frutos civiles desde la fecha de la desposesión (que sitúa "a mediados de febrero de 2000") e intereses (fs. 3).

2. En su primera presentación, el Gobierno de la Ciudad opuso excepción de defecto legal (fs. 50/52 vta.), sostuvo que la demanda padecía de "una absoluta oscuridad e indefinición" pues la actora había omitido determinar monto alguno para los frutos civiles del inmueble que integraban su pretensión. A fs. 54/55 la reivindicante realizó una estimación aclarando que debía estarse "a lo que en más o en menos resulte de la prueba" (fs. 55).

Subsanado el defecto se corrió nuevo traslado de la demanda.

En la contestación de fs. 90/102, el GCBA sostuvo que el inmueble en cuestión estaba "incorporado al dominio público" y que "respecto a bienes de dominio público la acción reivindicatoria es, por principio general, improcedente" (fs. 92 vta.). Agregó que su parte considera "que la accionante ha equivocado la vía elegida" (fs. 95 vta.), pues debió promover la acción subsidiaria del art. 2779 del Cód. Civil. Sin dejar de advertir que esa es una facultad del reivindicante, entiende que en casos como el de autos la facultad deviene en una obligación "cuando la eventual restitución del bien indefectiblemente producirá menoscabos sociales" (fs. 96). Asimismo, el GCBA opuso "como defensa de fondo la excepción de prescripción prevista por el art. 4037 del Cód. Civil" (fs. 96 vta.), sosteniendo que en lo referente al reclamo de daños y perjuicios, la de autos se trataba de "una acción por responsabilidad civil extracontractual" (fs. 97 vta.) a la que debía aplicarse el plazo de prescripción bianual previsto en el artículo citado. Sostuvo además que el monto estimado por la actora para los frutos civiles del inmueble resultaba excesivo (fs. 99).

3. En su alegato de fs. 269/271, la actora se refirió al expte. adm. nº 49.597/98. Indicó que a fs. 1, 9 y 15 del primero, "consta que la Dirección Administración de Bienes del GCBA considera a mi inmueble como de propiedad del demandado", y que en el mismo expediente obran dictámenes de la Procuración General del GCBA que indican que el bien es "del dominio público", o "propiedad del Gobierno de la Ciudad" (fs. 269/270).

Señaló también que fue en base a las consideraciones reseñadas que en diciembre de 1999 se ordenó la realización de actos de Administración pública sobre su finca (fs. 269 vta.).

4. La jueza de grado consideró que, estando fuera de discusión su uso público y su afectación a la zonificación UP (Urbano Parque), cabía concluir que el inmueble reivindicado se encontraba afectado al dominio público (fs. 312).

Transcribió del *Tratado del dominio público* de Miguel Marienhoff (Editorial TEA, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1969) la siguiente cita textual:

"…para que el bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al 'uso público'…" (fs. 313). En su sentencia agregó que "la dominialidad de una cosa podía establecerse únicamente por declaración legal y que, por lo tanto, un acto administrativo no podría ser fuente de atribución de carácter público o privado de una cosa" (fs. 313 vta.).

En el mismo fallo se dijo que "la afectación legal de que un bien o cosa pertenece al dominio público implica la consagración al uso y goce de ese bien por parte de la comunidad, 'la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial' (p. 155) sin que importe para ello el medio jurídico en virtud del cual el Estado adquiere la propiedad de la cosa, el cual puede ser indistintamente de derecho público —expropiación— , o de derecho privado —compraventa, donación, cesión— pues como lo dice el autor mencionado, lo que somete una cosa o bien al régimen dominial no es el medio por el cual fue adquirida esa cosa por el Estado sino su 'afectación' al uso público por el legislador dado el mentado carácter atributivo que explica Marienhoff en la obra ya citada" (fs. 314, entre comillas simples, cita de la obra de Marienhoff mencionada).

Transcribió parte del fallo de la CSJN "Bergadá Mujica, Héctor c/Río Negro, provincia de s/reivindicación de inmueble" (*Fallos,* 329:5793): "La ocupación del bien y la posterior incorporación del camino al dominio público fue consentida tácitamente por el actor y por su antecesor en el dominio, ya que ellos habrían podido oponerse a la ejecución de las obras mediante los remedios posesorios pertinentes hasta tanto el procedimiento legal de la expropiación les privara de su propiedad y no lo han hecho. —Esta Corte tiene dicho que 'cuando el Estado, nacional o provincial, sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste, realiza una obra pública y la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno, que seguiría siendo del dominio particular y regido por el Código Civil, y la obra perteneciente al público y ajeno, por consiguiente, al régimen de dicho Código. Se trata en adelante de un bien material y jurídicamente indivisible... sujeto en su conjunto y unidad a un mismo régimen legal. Como bien del dominio público, está fuera del comercio del derecho privado y, no cabe en consecuencia, respecto de él o de cualquiera de sus partes, el ejercicio de acciones reales...' (*Fallos,* 239:129 y sus citas).— Sin embargo se ha dejado a salvo, en situaciones como la de autos, la procedencia del ejercicio de una acción personal por parte del particular a fin de obtener la indemnización correspondiente a la privación de su propiedad e incluso se ha incluido en la condena la opción al demandado de satisfacer ese resarcimiento, en la medida en que el planteamiento introducido por las partes en el pleito lo permitiera (conf. fallo citado en el párrafo anterior y sus citas). En tales condiciones, puede afirmarse —como en el precedente de *Fallos,* 159:207— que la acción no persigue fundamentalmente el fin de reposición que consagra el art. 2758 del Cód. Civil sino su sucedáneo del art. 2779". A continuación, señaló que la propia accionada expresó la pertinencia para el caso de autos de una acción en los términos del art. 2779 del Cód. Civil —en coincidencia con la doctrina del

fallo transcripto—, dejando a salvo que "lo plantea en el entendimiento que la sentencia a dictarse, no podrá expedirse otorgando nada que no haya sido instado. Sostuvo también que, sin perjuicio de lo anterior, el reclamo de indemnización por privación de uso articulado por la actora tornaba aplicable la jurisprudencia citada (fs. 314 vta.).

Resolvió en consecuencia rechazar la reivindicación efectuada, y con invocación del principio *iura novit curia* decidió hacer lugar a la indemnización reclamada, agregando que "no puede soslayarse la privación del uso de la propiedad de la actora, que es reconocida por el GCBA, ni el abandono de la expropiación…" (fs. 315).

En cuanto a la prescripción invocada por el GCBA, la jueza de primera instancia señaló que su interposición había sido extemporánea, sin perjuicio de lo cual sostuvo que "…en el escrito de contestación de demanda el GCBA reconoce la carta documento enviada por la parte actora con fecha 28/3/2000, por lo que la defensa opuesta debe ser rechazada" (fs. 315 vta.).

5. La sentencia reseñada en el punto anterior fue motivo de sendas apelaciones por la parte actora y la demandada (fs. 323 y 335 respectivamente). La Cámara *a quo* declaró extemporáneo el recurso de apelación del GCBA.

a) En el memorial obrante a fs. 341/348 vta., la Sra. Rocca de Hermida señaló —siguiendo a Marienhoff en la misma obra que la sentenciante en el fallo recurrido— que "únicamente por declaración legal puede establecerse la dominialidad de una cosa, por lo que un acto administrativo no puede ser fuente de atribución del carácter público o privado de una cosa" (fs. 341). Se agravió de que en el caso de autos "no hubo declaración legal que estableciera la dominicalidad del bien y tampoco un medio jurídico de derecho público o privado por el cual se adquirió la propiedad del bien". Destacó en particular que no puede alegarse la vigencia de las normas que habían afectado el inmueble a expropiación (ordenanza 33.987 y ley 22.569) pues existe una sentencia firme que declaró esa expropiación abandonada (fs. 342).

Respecto de los precedentes citados en el fallo recurrido, la apelante subraya que, a diferencia de lo ocurrido en aquellos casos, no consintió en ningún momento el proceder de la demandada, al que calificó de "arbitrario e ilegítimo" (fs. 343). Recuerda que, al contrario, procedió a realizar las intimaciones por carta documento que se relatan en el punto 1 de estas "resultas". Afirmó —respecto de la jurisprudencia de la CSJN referenciada en el la sentencia apelada— que "…este caso es distinto de los anteriores, pues hubo sentencia firme por abandono de la expropiación, previo allanamiento de la demandada; en los otros casos había declaración de utilidad pública…" (fs. 344).

Introdujo jurisprudencia de la CSJN que permitió, en situaciones que entiende análogas, la sustitución de la reivindicación del bien por el pago del justo precio, cuando el primero estaba afectado al uso público (fs. 344). Los restantes agravios expresados por la actora referían al monto que se asignó a los frutos civiles del

inmueble, la fecha a partir de la cual debían pagarse los intereses de esos frutos y la imposición de costas en el orden causado.

b) Por su parte, el GCBA (fs. 354/361), en ocasión de contestar traslado de los agravios destacó, apoyándose una vez más en estos autos en citas de Marienhoff, que existiría una diferencia entre la "asignación de carácter público a un bien" y la de su "afectación" al dominio público (fs. 355 vta.). Agrega que a partir de esa *afectación* "…la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial" y que para instrumentarla no es necesario un acto legislativo (fs. 356 y 356 vta.). Trató además los otros agravios introducidos por la actora.

6. La Sala I de la Cámara CAyT, por mayoría, confirmó la sentencia de grado en cuanto rechazaba la reivindicación.

Respaldó lo expresado por la jueza de grado en cuanto a que "no se encuentra discutido en autos sobre el uso público del bien en cuestión, ambas partes coinciden en señalar que el predio es hoy una plaza" e hizo suyas las referencias a la obra de Marienhoff, especialmente que "para que el bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al 'uso público'". Transcribió un fragmento del *Tratado de derecho administrativo*, t. V, del mismo autor: "Sin ley que le sirva de fundamento ningún bien o cosa tendrá carácter dominical" (fs. 376).

La Cámara *a quo* también distinguió la asignación de carácter público a una cosa de su afectación al uso y goce de la comunidad, precisando —con cita de Marienhoff—que la segunda "puede efectuarse por ley, por acto administrativo o por hechos de la administración" (fs. 376 vta.). Sostuvo en este sentido que, por principio, la acción de reivindicación contra bienes incorporados al dominio público procede únicamente cuando esa incorporación se hubiera realizado con vicios en el procedimiento (fs. 377). Precisó que "en el caso de autos, *no hay lugar a dudas que el inmueble de marras pertenece a la actora* (el destacado no está en el original). No obstante ello, de las pruebas de autos resulta que sobre el mismo hoy existe una plaza, la cual es indudablemente un 'bien de dominio público' de la Ciudad de Buenos Aires, desde que se trata de una obra destinada al uso directo de la comunidad…" (fs. 378), y que "…sin dejar de reconocer el abandono de la expropiación…, y la posterior ocupación del bien por parte del gobierno, no puedo dejar de considerar que la parte actora estaba al tanto de la construcción de la plaza en febrero de 2000 y sus únicos reclamos, anteriores a este juicio, estaban dirigidos exclusivamente a la percepción de un resarcimiento…" (fs. 378 vta.). Por último, consideró aplicable la jurisprudencia del caso "Bergadá" citada en el fallo de primera instancia (fs. 378 vta.).

7. Contra esa resolución, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerar que se encontraban violados "su derecho de propiedad, tutelado por los arts. 14 y 17 C.N. y 10 y 12 inc. 5º CCBA, afectándose asimismo el principio de igualdad ante la ley" (fs. 392 vta.). Se agravió, a su vez, del que consideró un apartamiento de la doctrina de la CSJN en los precedentes "Agustín M. Roca y otros

c/Nación Argentina", sentencia del 10/11/1944 (*Fallos,* 200:196) y "Cabanellas, Juan c/Municipalidad del Rosario" (*Fallos,* 159:207).

El recurso fue contestado por la parte demandada a fs. 400/404. La Cámara admitió el recurso en lo relativo al rechazo de la acción de reivindicación y lo rechazó respecto de la imposición de costas. De las actuaciones no surge que ese rechazo parcial haya sido motivo de queja.

8. El fiscal general adjunto en su dictamen propició que el Tribunal declare mal concedido el recurso (fs. 415/417).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La accionante considera que la sentencia recurrida afecta su derecho constitucional de propiedad, que funda en el art. 17 de la C.N. y en el art. 12 inc. 5º de la CCBA y su derecho constitucional de igualdad ante la ley (art. 16, C.N. y art. 11, CCBA).

2. Parece oportuno, a partir de lo reseñado en las "resultas" que anteceden, destacar y precisar los hechos y contingencias jurídicos a los que estuvo sometida la accionante como propietaria del inmueble reivindicado en autos, a partir de que fuera declarado de utilidad pública, 28 años atrás.

Surge del expediente "Rocca de Hermida, Silvia Amalia c/MCBA s/expropiación", expte. nº 41.975/90 que tramitó ante la justicia nacional en lo Civil, que el inmueble reivindicado en autos fue declarado de utilidad pública por ley 22.569 —que consecuentemente autorizó su expropiación— en abril de 1982.

En julio de 1990, transcurrido en exceso el plazo previsto por el art. 33 de la ley 21.499 sin que la ex MCBA emprendiera la expropiación autorizada, la actora promovió demanda por abandono de expropiación. El demandado se allanó a la pretensión manifestando que "se reconoce la titularidad del dominio de la actora sobre el inmueble objeto de autos", ello atento a la prueba documental acompañada al escrito de inicio entre la que se contaba un certificado de dominio emanado del Registro de la Propiedad Inmueble (fs. 49 vta. del expediente citado). Así, con la conformidad de la parte actora y atento el allanamiento de la ex MCBA a su pretensión, se hizo lugar a la demanda y se declaró abandonada la expropiación del inmueble que motiva el caso de autos.

Durante la etapa de ejecución, en diciembre de 1990, la sentencia se notificó mediante oficios a la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro de la Municipalidad de Buenos Aires. Así consta en los informes emitidos por esa dirección en relación a las dos parcelas con que se integra el inmueble reivindicado (fs. 12/19).

Como ya señalé, la titularidad del dominio de la actora sobre el inmueble estaba explícitamente reconocida por el demandado. Además, el abandono de la expropiación estaba judicialmente declarado y en cabal conocimiento del GCBA.

Aun así, las constancias del expte. nº 49.597/98 permiten afirmar que los diferentes órganos de la autoridad demandada se empeñaron en argumentar a partir de una noción equivocada de la situación jurídica del inmueble. En el dictamen de fs. 1, por ejemplo, se menciona que el inmueble es "de propiedad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". En el dictamen de fs. 9/11 se sostiene que "…el predio de marras pertenece al dominio público de la Ciudad de Buenos Aires…". A fs. 27/28 vta. la Procuración General de la Ciudad dictaminó que debía demolerse la finca ubicada en el inmueble, al que se refirió como "perteneciente al Gobierno de la Ciudad". Fue en este contexto que, en el año 2000 —transcurridos 18 años de la publicación de la ley 22.569 y 10 de la sentencia de abandono de expropiación— la autoridad demandada procedió a colocar en el inmueble de propiedad de la accionante una plaza pública.

La reacción de la actora ante este proceder ilegítimo del GCBA está documentada en el expte. adm. 20.297/00 donde obran sendas cartas documento que no tuvieron ninguna respuesta. Me referiré más adelante al sentido y valor jurídico que cabe darle a estas piezas, destacando por ahora que en ambos casos la actora se refiere a la actividad de la autoridad demandada como "perturbación a mi derecho de propiedad" o "actos que perturban mi propiedad" (fs. 21/24).

Ante el silencio de la Administración, la actora promovió la acción real que motiva esta intervención. Reitero, una vez más, que el de autos es el segundo proceso judicial que inició la Sra. Rocca de Hermida a fin de hacer cesar las intromisiones del GCBA en el ejercicio de su derecho de propiedad.

3. En atención al papel central que la doctrina de Miguel Marienhoff en su *Tratado de derecho administrativo*, tomo V (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998) ocupa en las argumentaciones que exponen las instancias de mérito es indispensable detenerse y analizarla. Debido a su rol central en las decisiones de las instancias previas, también es importante. Señala que la locución dominio público es adecuada para designar a la categoría de bienes no perteneciente individualmente a los administrados o particulares, destinada al uso público —sea éste directo o indirecto—, y sometida a un régimen jurídico especial (p. 31). Avanza en la definición diciendo que "el dominio público consiste, en síntesis, en una masa o conjunto de bienes. Éstos, por los fines que con ellos se tiende a satisfacer, hállanse sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público. Todo ello constituye la llamada teoría del dominio público" (p. 43).

Debe advertirse que, hasta aquí, los esfuerzos del autor están dirigidos a conceptualizar la categoría jurídica de "dominio público" mediante la identificación de unos elementos básicos capaces de integrar su definición. Es en ese contexto que introduce la noción de los elementos objetivo, subjetivo, normativo y teleológico del dominio público, referidos por el fallo recurrido a fs. 376 y el que éste confirma a fs. 313 vta.

Así, el autor establece que "los 'elementos' esenciales que integran la noción conceptual de dominialidad son cuatro: el subjetivo, que se refiere al sujeto o titular del derecho sobre los bienes dominicales; el objetivo, que se relaciona con los objetos

(bienes o cosas) susceptibles de integrar el dominio público; el teleológico, referente al 'fin' a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público; por último el elemento normativo o legal, en cuyo mérito se determina cuándo una cosa o bien que reúna los demás caracteres ha de ser tenido como dominial, pues mientras un sector de la doctrina admite que los bienes del dominio público son tales, o que pueden serlo, por su naturaleza, *otro sector —en el cual me incluyo— sostiene que ningún bien o cosa puede tener carácter dominical sin ley que le sirva de fundamento*" (p. 55, el destacado me pertenece).

Según Marienhoff, entonces, son cuatro los extremos que definen si un bien es efectivamente del dominio público. Luego precisa en qué casos deben tenerse por verificados los extremos mencionados (por ejemplo, quiénes pueden ser titulares de bienes del dominio público o qué objetos pueden ser sus dependencias). En este orden de ideas, dice que aunque un bien puede reunir alguno o algunos de los elementos "esenciales de la dominialidad", eso no autoriza a tenérselo como dependencia del dominio público, y que "si uno de esos elementos falta, aunque concurran los otros, el bien o cosa no puede ser tenido por dominical. *Por eso muchos autores se equivocan cuando tienen por incluidas en el dominio público a cosas respecto de las cuales concurre un solo elemento, el teleológico o finalista, por ejemplo, faltando los otros elementos, ya sea el normativo o legal o, especialmente, el subjetivo*" (p. 56, el destacado me pertenece).

Es claro que para Marienhoff no puede tenerse a un bien como dependencia del dominio público por su sola afectación al uso público (elemento teleológico) y, en este sentido, es concluyente la nota al pie número 30: "Juzgo equivocada la opinión de Yorudzu Oda, quien, para considerar dominial una cosa, sólo atiende al 'fin público' (elemento teleológico) a que la misma está destinada, olvidando por completo el elemento primario: el subjetivo, como también los demás elementos. Por esa vía llega a considerar 'públicas' algunas cosas pertenecientes a 'particulares' o administrados, lo que es inadmisible. Este autor sostiene el siguiente contrasentido: como la afectación a un 'fin público' —dice— es el único signo a considerar para que una cosa sea tenida por dominical, puede ocurrir que una propiedad privada constituya una cosa pública. Pone como ejemplo el caso en que el Estado instale una oficina de correos en un edificio que le haya sido dado en arrendamiento por su propietario, o exponga en un museo nacional objetos de arte consignados por un particular. Ese edificio y esos objetos de arte —añade— deben ser considerados como bienes del dominio público, aunque su propiedad pertenezca a un simple particular (Oda, p. 327). Tal conclusión es inconcebible: *no puede haber bienes dominicales pertenecientes a un particular.* Lo único que ocurre en semejantes casos es que, mientras las cosas —el 'edificio' y los 'objetos de arte', en la especie— permanezcan afectadas a esos fines de utilidad pública o a esos servicios públicos, estarán sujetas a un régimen jurídico diferencial, que en el caso del edificio impedirá el desalojo de la oficina de correos y en el caso de los objetos de arte que éstos sean vendidos por acreedores del propietario y entregados a quienes resulten compradores. Pero sin perjuicio de ese régimen diferencial, dichos bienes constituyen una 'propiedad

privada' de sus respectivos dueños, que son personas particulares. El error en que incurrió Oda obedece a que, para considerar como dominial una cosa, sólo consideró uno de los cuatro elementos integrantes de la noción de dominio público, desdeñando los demás elementos" (p. 56, el destacado me pertenece).

Lo citado hasta aquí también es suficiente para sostener con seguridad que, para el autor, los bienes pertenecientes a un particular no pueden ser del dominio público del Estado. Así, al dedicarse a determinar quién es el sujeto titular de las cosas dominicales, señala que existen en ese aspecto dificultades y controversias pero que "hay un punto sobre el cual la generalidad de la doctrina hállase conteste: los bienes del dominio público jamás pueden pertenecerles a las personas particulares, a los administrados. Ese es el punto de partida" (p. 57).

El análisis efectuado y en especial la importancia que el concepto de "afectación al uso público" ha tenido en la decisión recurrida, hacen necesario insistir en el sentido que Marienhoff le asigna al concepto. El autor define la afectación "como el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad" (p. 182) y propone ejemplos que aclaran su opinión: "Dejar expedita la cosa (calle, puente, monumento, etc.) al uso público", "inauguración de la obra…", y "retiro de los avisos u obstáculos que prohibían o impedían el acceso al público" son algunos de ellos (pp. 192 y 193). Agrega que "las cosas incorporadas a un museo público adquieren condición dominial al ser puestas en situación de que el público las *contemple* o *admire,* lo cual constituye una 'cuestión de hecho'..." (p. 193).

Es evidente que el autor entiende por "afectación al uso público" el medio por el cual el bien se pone a efectiva disposición del público para el uso y goce por la comunidad. Señala que no basta con la disposición legal imprescindible que da carácter público al bien para que éste se considere como del dominio público, sino que agrava los requisitos exigiendo su aplicación actual al aprovechamiento del público general. Es incorrecto atribuirle a Marienhoff el razonamiento según el cual si falta un elemento (el teleológico) no puede considerarse un bien como del dominio público, y entonces —al contrario— si está presente ese elemento (el teleológico) el bien en cuestión es necesariamente dominial. Se trata en el caso de una afirmación de consecuencia errónea: la afectación al uso público no puede por sí determinar la dominialidad del bien en tanto es sólo uno de los cuatros elementos primordiales.

Marienhoff sostiene que existen varios requisitos que debe cumplir la afectación al uso público para ser legítima. Es importante para el caso de autos subrayar que "para que la Administración pública pueda afectar válidamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en poder del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa. La doctrina está conteste en ello. Tal exigencia es fácilmente comprensible, pues el Estado no puede afectar al uso público cosas que no le pertenezcan. *Si la Administración pública afectase al uso público cosas ajenas, es decir de los administrados o particulares, sin contar con la conformidad de éstos o sin cumplir con los requisitos establecidos*

en la ley fundamental, vulneraría la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad" (p. 201, el destacado es propio).

4. Párrafo aparte merece la introducción de la doctrina del fallo "Boza, Gregorio c/Prov. de Buenos Aires", sentencia del 23/10/1957 (*Fallos,* 239:129)". Transcripta a fs. 378 obra la siguiente cita: "Cuando el Estado, nacional o provincial, sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste, realiza una obra pública y la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno, que seguiría siendo del dominio particular y regido por el Código Civil, y la obra perteneciente al público y ajeno, por consiguiente, al régimen de dicho Código. Se trata en adelante de un bien material y jurídicamente indivisible (arg. del art. 2326, Cód. Civil), sujeto en su conjunto y unidad a un mismo régimen legal. Como bien del dominio público, está fuera del comercio del derecho privado y, en consecuencia, no cabe respecto de él o de cualquiera de sus partes el ejercicio de acciones reales, como lo ha dicho esta Corte (*Fallos,* 109:403, considerandos 4º y 5º; 114:327) y como resulta de lo dispuesto por los arts. 2387, 2757 y concordantes del Cód. Civil".

El caso "Boza" trató de una acción de reivindicación promovida en julio de 1944 contra la provincia de Buenos Aires. El inmueble en cuestión era una porción de tierra en la que la autoridad demandada había construido "el Mercado de Frutas de Tigre" (p. 134 de la colección citada). La Provincia había recibido el bien reivindicado —propiedad del actor— en donación de un tercero que no era, desde luego, su propietario. Resultó probado en el caso que el accionante conocía esta situación y que permitió que el demandado construyera en una porción de su inmueble el mercado de frutas, a fin de beneficiarse del mayor valor que ello implicaría para las partes restantes de su propiedad. La CSJN entendió que en el caso "la voluntad de los propietarios del terreno, [que] era necesaria para la ejecución de la obra pública y para la incorporación de toda ella al dominio público". En ese sentido, la Corte valoró especialmente el asentimiento del dueño del terreno, que había especulado con el aumento de valor de su propiedad y había querido, entonces, la incorporación de su bien al dominio público. Volveré sobre este punto en el apart. 5 b).

5. Corresponde ahora tratar cómo el fallo recurrido concluye con el rechazo de la acción de reivindicación.

a) A fs. 376 el juez Centanaro afirma que "no se encuentra discutido en autos sobre el uso público del bien en cuestión, ambas partes coinciden en señalar que el predio es hoy una plaza". A continuación realiza citas textuales de Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. V (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998) de las que reproduciré los fragmentos más pertinentes: "...Para que el bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al 'uso público', directo o indirecto…" y "sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical".

El magistrado reseña que "haciendo alusión al elemento normativo y al doctrinario citado precedentemente, la apelante aduce que en el presente caso no hubo declaración legal que estableciera la dominicalidad del bien" (fs. 376). Opone a esto nuevas citas de Marienhoff: "...en nuestro ordenamiento jurídico, el carácter público o privado de las cosas única y exclusivamente puede ser establecido por la Nación, a través de una ley formal, dado que la pertinente atribución le incumbe al Congreso (C.N., art. 67, inc. 11). El acto administrativo... jamás puede ser fuente atributiva del carácter público o privado de una cosa. La administración sólo podrá 'crear' los bienes que integrarán el dominio público llamado 'artificial' (plazas...); pero la condición o carácter jurídico... no derivará del acto administrativo, sino de lo dispuesto por la ley. ... no debe olvidarse que una cosa es la 'afectación' al uso público, y otra cosa muy distinta la atribución del carácter público o privado de los bienes" (fs. 376 vta.).

Luego añade que "la asignación del carácter público a una cosa significa establecer que la misma tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público. Ahora bien, para que el bien o cosa quede efectivamente incorporado al dominio público y sometido a los principios que rigen dicha institución, es necesaria su afectación al uso y goce de la comunidad. Después de ésta, la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial, quedando efectivamente incorporado al uso público" (fs. 376 vta.).

Sobre el concepto de "afectación al uso público" cita nuevamente a Marienhoff: "La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (...) puede consistir en un 'hecho' o en una 'manifestación de voluntad' del poder público. (...) De manera que la afectación puede efectuarse por ley, por acto administrativo o por hechos de la Administración" (fs. 376 vta.).

La Cámara *a quo* no extrae conclusión alguna de las citas doctrinarias que he reseñado, limitándose a transcribirlas sin especificar qué consecuencias les atribuye en el caso de autos. Sin embargo, puede inferirse —en atención a la forma en que resuelve la cuestión—, que procura justificar la conducta del Gobierno y para ello interpreta que la construcción en el inmueble de la actora de una plaza pública constituyó una "afectación al uso público" que podía instrumentarse por actos y hasta por hechos de la Administración. De ahí que no repute ilegítimo al accionar de la autoridad. Pretende también que el inmueble de la actora, por esa "afectación" debe considerarse una dependencia del dominio público de la Ciudad.

Ya he abundado en el punto 3 de este voto acerca de la inteligencia que cabe atribuirle al desarrollo de Marienhoff sobre el dominio público. Ésta se opone a aquello que la Cámara ha querido justificar a su costa: de la pretendida legitimidad del procedimiento por el cual el bien se "afectó" al uso público (elemento teleológico) no se sigue que éste sea del dominio público, pues eso depende de la concurrencia de los tres elementos restantes que, a su vez, deberán aparecer sin vicios en su legalidad.

b) A fs. 378 de la sentencia recurrida de inconstitucionalidad, la Cámara afirma que "no hay lugar a dudas que el inmueble de marras pertenece a la actora. No obstante ello, de las pruebas de autos resulta que sobre el mismo hoy existe una plaza, la cual es indudablemente un 'bien de dominio público' de la Ciudad de Buenos Aires, desde que se trata de una obra destinada al uso directo de la comunidad (art. 2340, inc. 7º del Cód. Civil)". A continuación cita la jurisprudencia del caso "Boza", transcripta en el punto 4 de este voto y afirma que "no puedo dejar de considerar que la parte actora estaba al tanto de la construcción de la plaza en febrero de 2000 y sus únicos reclamos, anteriores a este juicio, estaban dirigidos exclusivamente a la percepción de un resarcimiento por la privación del bien", y que "corresponde destacar que la accionante podría haberse opuesto a la ejecución de la obra mediante los remedios posesorios pertinentes, y no lo hizo, tan sólo se limitó a intimar a la parte demandada a fin de que se expida sobre su proceder" (fs. 378 vta.).

Se omite nuevamente precisar qué conclusión se sigue de lo manifestado y lo transcripto, o cómo eso determina la solución del caso. Un ejercicio hermenéutico permitiría presumir que el Tribunal *a quo* entiende aplicable el precedente "Boza", y que atribuye a la omisión de intentar remedios posesorios la virtualidad de consentir la turbación de su propiedad y niega todo valor a las cartas documento de fs. 21/24.

Las profundas diferencias en las circunstancias fácticas entre el precedente citado y el caso de autos impiden realizar analogía alguna. La doctrina del fallo "Boza" no es aplicable a la presente acción. Ello porque se trató en aquel precedente de un accionante que, a sabiendas de que su inmueble había sido donado al Estado por quien no era su propietario, permitió que allí se construyera una obra pública que incrementaría el valor de las zonas aledañas, también de su propiedad. Aquel propietario omitió deliberadamente cualquier manifestación de oposición ante la actividad administrativa con la expresa finalidad de beneficiarse de ella, lo que quedó debidamente acreditado en el caso en cuestión (véase *Fallos,* 239:138). No pueden trazarse paralelos entre la omisión deliberada y tendiente a fines específicos en el precedente "Boza", con la conducta activa de la Sra. Rocca de Hermida. Aun si se aceptara que la actora articuló medios erróneos para oponerse, su voluntad final de hacer cesar la construcción de la plaza en el inmueble de su propiedad surge inequívoca.

Las referencias en la resolución recurrida al caso "Agustín M. Roca y otros c/Nación Argentina", sentencia del 10/11/1944, y la cita doctrinaria que le sigue (fs. 377 vta. y 378) en nada alteran lo hasta aquí expuesto. No hay razones para entender que allí la CSJN haya enumerado las acciones que el particular tenía a su disposición en forma taxativa y con carácter general. El alto Tribunal no evaluaba en esos casos la eficacia de los remedios escogidos, sino que exigía actividad opositora del particular, de la que los "remedios posesorios" pueden considerarse un ejemplo —como también podrían serlo las actuaciones administrativas incoadas por la actora.

La interpretación que los jueces Centanaro y Balbín hacen de las conductas de la actora es, a mi juicio, insostenible. La afirmación de fs 378 vta. de que sus reclamos estaban únicamente dirigidos a obtener un resarcimiento es errónea y resulta irrelevante. Es razonable lo que afirma la Sra. Rocca de Hermida en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto: "estaba el antecedente del juicio por abandono de expropiación, con sentencia firme. Ante la demolición de lo que quedaba de las construcciones en el año 2000 y teniendo en cuenta dicho antecedente, mi actitud no fue de consentimiento sino, sino de perplejidad" (fs. 392 vta.).

El dec. 1510/97 regula los principios del procedimiento administrativo en la Ciudad de Buenos Aires, el art. 22 establece: "*c)* Informalismo: excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente", debe tenerse en cuenta que no se exige a los ciudadanos contar con patrocinio jurídico para ser parte en un procedimiento administrativo y peticionar a las autoridades. Es claro en este ámbito que no podía exigírsele a la actora —que no estaba obligada a contar con asesoría letrada— un texto más específico o técnicamente atinado que el que volcó en sus cartas documento donde específicamente se quejó de perturbaciones en el ejercicio de su derecho de propiedad.

Por lo expuesto, no puede sostenerse válidamente que la actora haya consentido por acción u omisión la construcción de la plaza. Al contrario, de las constancias de autos surge inequívoca su oportuna oposición.

c) Por último, me referiré al desarrollo que realiza el Dr. Centanaro a fs. 377 y ss. acerca de la procedencia de la acción de reivindicación contra bienes del dominio público del Estado, y de la posibilidad de sustituir una sentencia que ordene la restitución del bien por una condena al pago de una indemnización.

Comienza señalando que "no podemos dejar de soslayar que el principio general es que esta acción contra bienes de dominio público es improcedente (*Fallos,* 109:403; 114:327), porque al estar fuera del comercio de derecho privado, no puede existir en relación a ellos propiedad alguna (art. 2604, Cód. Civil), no existiendo, en consecuencia, acción reivindicatoria, por derivar la misma de la otra (art. 2758, Cód. Civil). Ahora bien, cuando la incorporación del bien al dominio público ha sido por medio de un procedimiento viciado, inhábil para constituir un título perfecto para adquirir la propiedad, se ha considerado que es susceptible de reivindicación (conf. *Fallos,* 113:64; *JA*, 14:1133). Se han tratado de casos en los cuales no ha habido una ley que autorice su expropiación, de bienes que han pasado a ser de dominio público por el destino que se le han dado" (fs. 377). A continuación, afirma que "para los casos que ha habido una ley expropiatoria las sentencias sólo disponen un resarcimiento pecuniario para el caso que haya sido solicitado supletoriamente, o esbozado por las partes, por lo menos, en el respectivo memorial (conf. *Fallos,* 159:207)" (fs. 377 vta.). Concluye que "distinto es el caso en que los particulares que ejercieron la acción de reivindicación consintieron tácitamente el accionar de la administración" (fs. 378).

A renglón seguido, sostiene: "En las presentes actuaciones, sin dejar de reconocer el abandono de la expropiación declarada en los autos caratulados 'Rocca de Hermida Pini, Silvia Amalia c/MCBA sobre expropiación', expte. nº 41.975/90, con sentencia de fecha 23/10/1990, y la posterior ocupación del bien por parte del Gobierno, no puedo dejar de considerar que la parte actora estaba al tanto de la construcción de la plaza en febrero de 2000 y sus únicos reclamos, anteriores a este juicio, estaban dirigidos exclusivamente a la percepción de un resarcimiento por la privación del bien" (fs. 378 vta.).

En este punto, también sin especificar cómo de las premisas que pondera se sigue la conclusión a la que arriba, concluye que "todo lo que procedería en situaciones como la presente, y siempre y cuando se den las condiciones para tal, sería el ejercicio de una acción personal por parte de la demandante en aras de obtener la indemnización correspondiente a la privación de su propiedad. En los precedentes en que el Máximo Tribunal ha incluido en la sentencia la opción al demandado de satisfacer la justa indemnización (*Fallos,* 159:207) o el pago del precio y el resarcimiento de los perjuicios (*Fallos,* 200:196) (conf. *Fallos,* 239:129) fue porque las partes habían introducido el planteamiento respectivo oportunamente".

"No cabe esta posibilidad en las presentes actuaciones, ya que la acción interpuesta en la demanda, los extremos en que la litis quedó trabada y la posición de las partes en el transcurso del pleito, no permiten que me expida al respecto" (fs. 378 vta.).

Puede inferirse que el fallo recurrido ha querido dar al caso de autos el tratamiento propio de precedentes —que yerra al considerar análogos— en los que había existido ley de expropiación previa al desapoderamiento ilegítimo. Esto constituye un error de derecho porque, judicialmente declarado el abandonado de expropiación —tal como ocurrió en estos autos—, la declaración de utilidad pública caduca (según los términos en que la ley 238 regula el instituto). Otro error consiste en suponer, según ya he explicado en el párrafo que precede, que la actora consintió las turbaciones a su derecho de propiedad.

6. De las circunstancias fácticas del caso y de las actuaciones con efectos jurídicos en sede administrativa y en sede judicial surge que el inmueble objeto de reivindicación es propiedad de la actora, tal como fue varias veces admitido por el Gobierno de la Ciudad. Surge a su vez que el bien reivindicado fue ilegítimamente afectado al uso público por el demandado, y que no concurre ningún atenuante que mande o permita sustituir la restitución debida con una condena al pago de daños y perjuicios. Las citas parciales de Marienhoff y la transcripción antojadiza de precedentes de la CSJN en nada alteran esta conclusión.

Como he precisado en el apart. 5 de mi voto, los fundamentos del fallo recurrido de inconstitucionalidad no son sino aparentes y, por lo tanto, incapaces de sostener la solución propuesta. El rechazo arbitrario de la acción de reivindicación implica para la actora la privación ilegítima de la propiedad del inmueble en cuestión, con menoscabo al derecho de propiedad (art. 17, C.N. y art. 12 inc. 5º, CCBA).

7. Por lo expuesto, corresponde revocar la sentencia impugnada en cuanto fue materia de agravio y hacer lugar a la acción de reivindicación. Con costas a la demandada. Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La parte recurrente logra acreditar la existencia de una cuestión constitucional consistente en que el GCBA le habría expropiado inmueble de su propiedad ubicado en la Av. San Juan 1602/14, esquina Cevallos 1205, sin que estuviesen dadas las condiciones que prevén para ello los arts. 12, inc. 5º, de la CCBA y 17 de la C.N. En este orden de ideas, la Sra. Rocca de Hermida manifiesta que aun cuando en el año 1990 fue declarado judicialmente el abandono de la expropiación de ese inmueble (conf. la ley 22.569), la Ciudad dispuso de él, de hecho, dándole la finalidad para la que había sido declarada su utilidad pública, al construir la plaza Alfonsina Storni. Sostiene, asimismo, que no recibió importe alguno por esa expropiación de hecho. En esas condiciones, afirma que el obrar del GCBA resulta violatorio de lo dispuesto en las normas constitucionales mencionadas *supra.*

2. Dadas las particularidades que detenta la presente causa, vale la pena repasar, cronológicamente, aquellos hechos vinculados al inmueble sito en la Av. San Juan 1602/14, esquina Cevallos 1205, que se hallan acreditados en la *sub lite*, sin que exista controversia al respecto, y que resultan relevantes para resolver la presente controversia:

En el año 1978, mediante la ordenanza 33.987, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires desafectó, entre otras, las parcelas donde está ubicado el mencionado inmueble (nomenclatura catastral: Circunscripción 12, Manzana 14, Sección 14, Parcelas 1 y 2) del distrito RU, para incorporarlas al UP (Urbanización Parque) (conf. el art. 1º de esa Ordenanza), con el objeto de destinar esos lugares al equipamiento de espacios verdes de la Zona Sur.

En el año 1980, el Congreso, como legislatura local, con el objeto de efectivizar los cometidos de esa Ordenanza, declaró de utilidad pública y sujetó a expropiación, en lo que acá importa, al inmueble sito en la "Avenida San Juan nº 1602/14 de la Capital Federal, designado como Circunscripción 12, Sección 14, Manzana 14, Parcela 1…" (conf. art. 1º de la ley 22.569); y facultó a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a realizar las gestiones tendientes a dar cumplimiento a esa declaración (conf. el art. 2º de esa misma ley).

En junio de 1990, la Sra. Rocca de Hermida, ante la inacción por parte de la MCBA, inició demanda ante la justicia nacional en lo civil con el objeto de que se decretase el abandono de la expropiación dispuesta por la ley 22.569 (véanse fs. 41/42 vta. del expte. nº 41.975/90 agregado a las presentes actuaciones).

En septiembre de ese año, la MCBA se presentó en esa causa y se allanó a la demanda (véanse fs. 49/49 vta. del mencionado expediente).

En octubre también de ese año, el juez civil, el Dr. Rojo Vivot, hizo lugar a la demanda y declaró abandonada por la MCBA "…la expropiación a que, por ordenanza 33.987 y ley 22.569, se hallaba afectado el inmueble sito en la Avda.

San Juan 1602/14, esquina Virrey Cevallos 1205, de esta Ciudad, inscripto en la Matrícula F.R. 12-2490; con nomenclatura catastral: Circ. 12, Sec. 14, Parc. 1 y 2…" (fs. 53 vta., también del mencionado expediente agregado a esta causa).

A mediados del 2000, una cuadrilla de operarios de la Ciudad volteó lo que quedaba de edificación en esas parcelas, sacó los cimientos y colocó paneles de césped (fs. 374 vta. de la sentencia de Cámara).

La parte actora, al tomar conocimiento de esos hechos, envió una carta documento al Jefe de Gobierno a fin de que le dijera si nuevamente se declararía sujeto a expropiación su inmueble o sólo se trataba de una situación de hecho (fs. 374 vta.). Luego de ello, la Administración le solicitó a la parte actora que acreditase su titularidad dominial; requerimiento que cumplió luego de que se hubiese vencido el plazo que le fue dado para ello: 5 días. Finalmente, la Sra. Rocca de Hermida envió otra carta documento en el mismo tono que la anterior (fs. 374 vta.), de la que no tuvo respuesta.

Las mencionadas Parcelas 1 y 2 hoy son parte de una plaza: la plaza Alfonsina Storni (véase el peritaje de fs. 213/233 vta. al que remite la Cámara, las fs. 402 vta. de la contestación del recurso de inconstitucionalidad, y la sentencia de Cámara, entre muchas otras).

2.1. A esa breve reseña, cabe agregar que, según surge de la sentencia de Cámara, sin que, tampoco, exista controversia al respecto, el inmueble que dio lugar a la presente controversia, el ubicado en Av. San Juan 1602/14, esquina Cevallos 1205, pertenece a la Sra. Rocca de Hermida (véase fs. 378 del voto del Dr. Centanaro, 382 del voto del Dr. Balbín y 383 del voto del Dr. Corti).

3. El art. 12, inc. 5º, de la CCBA dispone, en lo que acá importa, que el Estado no puede apropiarse de la propiedad de las personas sin que exista una ley que declare su utilidad pública y consecuente expropiación (en igual sentido describe esa garantía el art. 17 de la C.N.). Esa regla, por su parte, no prevé excepción alguna. No importa cuál sea la finalidad que el Estado le dé, o pretenda darle, al bien de que se trate, su apropiación siempre debe venir precedida por una ley que revista las características indicadas.

4. En el caso, si bien ha existido una ley que declaró de utilidad pública y sujetó a expropiación al inmueble de la Sra. Rocca de Hermida con el objeto de darle la finalidad que hoy tiene, esa expropiación fue declarada abandonada casi 10 años antes de que comenzaran a realizarse las obras tendentes a construir la Plaza Alfonsina Storni (véanse las letras e y f del punto que antecede). De hecho, es el mismo GCBA quien admite, en su contestación del recurso de inconstitucionalidad, que ha "[i]ncorporado el bien, al dominio público, *por vías de hecho*…" (fs. 402 vta., el destacado no corresponde al original). A ello también se agrega el hecho de que no se ha acreditado, ni el GCBA lo alega, que se le hubiese pagado importe alguno a la parte actora por su propiedad.

Así las cosas, coinciden las partes en que: *i)* el terreno ubicado en la Av. San Juan 1602/14, esquina Cevallos 1205, es de propiedad de la Sra. Rocca de Hermi-

da; *ii)* ese inmueble ha sido ocupado por la Ciudad mediante la construcción de la plaza Alfonsina Storni; y *iii)* no se ha pagado importe alguno a la parte actora por su propiedad.

5. Ahora bien, el modo en que corresponde resolver acerca de esa invasión al derecho de propiedad depende, exclusivamente, de cómo las partes han formulado sus pretensiones.

Entre las alternativas que tenía a su alcance, la Sra. Rocca de Hermida ha optado, según aparece en su recurso de inconstitucionalidad, por pedir el valor del inmueble antes que su restitución. En efecto, en el mencionado recurso afirma que la solución que satisfaría sus intereses es la propuesta, en disidencia, por el juez Corti; solución que consiste, en palabras del magistrado, en condenar "…al GCBA al pago del valor del inmueble" (fs. 383 vta.). En línea con ello, la parte actora sostiene que "…si el Estado quiere hacer del inmueble una plaza pública, como se definió al contestar la demanda, *acepto que no me lo restituya, pero que me pague el justo precio, que es su valor de mercado* y el resarcimiento de los perjuicios" (fs. 392, el destacado no pertenece al original). En línea con ello, agrega que "[c]omo considera el Dr. Corti, este caso presenta circunstancias particulares, y que ante la situación singularísima que manifiesta este expediente, no puede ser conducido en términos estrictamente formales, sino que deben desarrollarse procedimientos que tiendan al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, como consecuencia debe *pagarse el valor del inmueble, que es la situación que más se ajusta al respeto del orden jurídico*" (fs. 392 vta., el destacado no pertenece al original). Manifiesta, también, que "[d]ebe tomarse analógicamente el instituto de la expropiación, porque es el más aproximado para dar fundamento a la obligación estatal de resarcir el valor del bien y los daños…" (fs. 393). Finalmente, en apoyo a esa petición, cita jurisprudencia de la CSJN en la que el alto Tribunal habría señalado que "[e]n los casos en que esta Corte ha debido considerar la reivindicación de inmuebles afectados a un fin de utilidad pública, el planteamiento introducido por las partes en el pleito le ha permitido incluir en la condena la opción al demandado de satisfacer la justa indemnización (*Fallos,* 159:207) o el pago del precio y el justo resarcimiento de los perjuicios (*Fallos,* 200:196; 139:129, 23/10/1957, 'Gregorio Boza c/Provincia de Buenos Aires')" (fs. 392).

Paralelamente, no formula agravio alguno dirigido a obtener la restitución de su propiedad.

5.1. Si bien es cierto que la parte actora no ha formulado de la manera más precisa sus planteos, no lo es menos que el GCBA no se agravia de esa circunstancia, en su contestación del recurso de inconstitucionalidad. De hecho, frente a las alegaciones reseñadas *supra* el GCBA, no sólo, afirma que ha adquirido la propiedad de la Sra. Rocca de Hermida por medio de vías de hecho, tal como quedó expuesto en el punto 4 de este voto, sino que reconoce, además, un derecho en cabeza de la parte actora que no es el de recuperar su propiedad. En este orden de ideas, señala, en coincidencia con las manifestaciones reseñadas en el punto que antecede, que "la [parte] actora debió encausar el trámite del proceso de acuerdo a lo normado en la ley 238 de la Ciudad de Buenos Aires y consecuentemente reclamar la indem-

nización por el valor del terreno" (fs. 402 vta.). A ello se suma la circunstancia de que un juez de la Cámara, el Dr. Corti, entendió que la petición consistente en que el GCBA abone el valor del inmueble que dio lugar a la presente controversia era una susceptible de ser atendida en esta causa.

6. En resumen, no está discutido que: *i)* el inmueble ubicado en la Av. San Juan 1602/14, esquina Cevallos 1205, es de propiedad de la Sra. Rocca de Hermida; *ii)* el GCBA se apropió de ese inmueble para darle la finalidad que hoy tiene, una plaza, mediante vías de hecho, sin pagar importe alguno por él; *iii)* los agravios de la parte actora, en esta instancia, incluyen la posibilidad de obtener el justo precio por su propiedad; y *iv)* el GCBA no controvierte esos planteos, sino que indica que estarían en línea con el derecho que detenta, a su juicio, la parte actora—, por lo que corresponde hacer lugar al planteo de la parte recurrente y condenar al GCBA a que abone el justo precio por el inmueble ubicado en la "Avenida San Juan nº 1602/14 de la Capital Federal, designado como Circunscripción 12, Sección 14, Manzana 14, Parcela 1 y 2"; pago que dará lugar a la transferencia de dominio de ese inmueble de la Sra. Rocca de Hermida al GCBA.

7. Finalmente, cabe señalar que la forma en que propongo resolver la presente controversia no implica convalidar el obrar del Estado, sino, estrictamente, hacer lugar a los planteos de la parte actora.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de fs. 374/384 en cuanto fue materia de agravios; y *iii)* devolver la presente causa a la Sala I de la Cámara CAyT a fin de que se dicte sentencia de acuerdo a lo aquí resuelto. Costas a la vencida.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del Dr. Lozano.

Si bien la accionante planteó en su demanda como única pretensión la reivindicación del inmueble de autos, existen distintas circunstancias que justifican, en esta instancia, que se condene al GCBA a abonar a la accionante una indemnización equivalente al valor de la propiedad.

En efecto, está acreditado en la causa que el GCBA se apropió mediante vías de hecho del inmueble propiedad de la actora, sin abonarle importe alguno, y que allí construyó una plaza. En consecuencia, si bien el terreno ha sido adquirido *ilegítimamente* por parte del GCBA, acoger la acción reivindicatoria implicaría una solución notoriamente disvaliosa, ya que se privaría a la sociedad del uso y goce de un espacio verde destinado al público esparcimiento.

Pero también implicaría consumar una injusticia el rechazo de la presente acción, ya que resulta indudable que la actora posee un derecho a ser resarcida por la sustracción irregular de un inmueble del cual es propietaria. Obligar a la demandante a iniciar un nuevo juicio con ese propósito, significaría aplicar con excesivo rigor formal las normas y principios procesales, y obligar a un dispendio jurisdiccional evitable, máxime teniendo en cuenta que la propia demandada reconoce que a la actora le asistiría derecho a pedir una indemnización por el valor del

terreno (véase contestación de demanda —fs. 95 vta./96, apart. 3.— y contestación del recurso de inconstitucionalidad —fs. 402 vta.—), y que la demandante en su recurso de inconstitucionalidad admite la posibilidad de ser satisfecha con el pago de una indemnización equivalente al valor del terreno, en lugar de la restitución pretendida originalmente (véase fs. 392/394 vta.).

En virtud de lo expuesto, voto por admitir el recurso en los términos propuestos por el Dr. Lozano en su voto.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez Luis F. Lozano, así como a las consideraciones concordantes que expresa en su voto la señora jueza Ana María Conde.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Silvia Amalia Rocca de Hermida.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 374/384, en cuanto fue materia de agravios.

3º. *Devolver* la presente causa a la Sala I de la Cámara CAyT a fin de que se dicte sentencia de acuerdo con lo aquí resuelto.

4º. *Imponer las costas* a la vencida.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique, y, oportunamente, se remita a la Cámara como fuera dispuesto en el punto 3.

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

CCXXVI

"INARTECO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INARTECO S.A. S/INFR. ART. 4.1.11, LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Hecho nuevo. RÉGIMEN DE FALTAS: Multa. Proporcionalidad. Bien jurídico protegido. Realización de obras en la vía pública.

SUMARIO:

1. El recurrente debió refutar las afirmaciones de los jueces *a quo*, precisando por qué considera vulnerados sus derechos constitucionales, en lugar de reiterar la

estrategia argumental empleada en cada instancia previa, con lo que no alcanzó a poner en crisis el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

En sus votos los señores jueces remiten a sus fundamentos vertidos en el expte. nº 6886/09, "INARTECO S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'INARTECO S.A. s/infr. art(s). 2.1.15, zanjas y pozos en la vía pública —L 451'", sentencia del 26/5/2010, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. La defensa impugna la decisión del *a quo* de no tratar sus agravios dirigidos a controvertir la validez del art. 2º del dec. 111/08, pero no se hace cargo que fueron articulados como "hecho nuevo" ante la Cámara cuando ese decreto fue publicado en el *Boletín Oficial* casi siete meses antes de que fueran labradas las actas que dieron lugar a la presente controversia, lo que no hace evidente en qué consistiría la novedad del hecho. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Ninguno de los argumentos esgrimidos por la recurrente resulta hábil para mostrar la desproporción que la defensa le imputa a las sanciones que le fueron impuestas, esto es, una desproporción entre ellas y la afectación del bien tutelado, pues las multas por incumplimiento al régimen de faltas son determinadas por el Poder Legislativo en función del bien jurídico que se pretende tutelar. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La comparación entre los valores de las multas fijadas en el caso concreto por el juez de grado y los montos de las ganancias que pueda haber acordado recibir la empresa por la realización de los trabajos en la vía pública donde se constataron las infracciones objeto de juzgamiento no resulta hábil para acreditar fehacientemente la desmesura de las multas resistidas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAPCyF nº 7164/10 - 10/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Inarteco S.A. (en adelante Inarteco) fue condenada por la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas a la sanción de multa de 204.200 unidades fijas, de cumplimiento en suspenso, por la comisión de diversas infracciones, que fueron asentadas en las actas de comprobación nº 4772, 3442 y 4526, y encuadradas respectivamente en los arts. 1.3.10 (abandono de material), 2.1.19 (incumplimiento del plazo, perímetro y/o profundidad de apertura autorizada) y 2.1.15 (pozos en la vía pública sin vallado de seguridad) de la ley 451 (fs. 18/43).

2. El apoderado de Inarteco apeló la sentencia (fs. 117/129 vta.). En lo que aquí interesa, sostuvo que la jueza de primera instancia había rechazado erróneamente su planteo de nulidad de las actas de comprobación. Basó este argumento, en primer

lugar, en la ausencia de firmas de testigos en las actas, manifestando que "[no] resulta entendible que no figuren testigos al momento de constatar las irregularidades *in situ*, ya que se trata de constataciones, tal como se lo señaló, realizadas en lugares públicos y en horario hábil" (fs. 119 vta., destacado en el original). También apoyó su impugnación en la falta de individualización, en las actas, de las normas supuestamente vulneradas, e insistió en que "…sin perjuicio de que mi mandante tuvo conocimiento del hecho, al desconocer la norma que ese supuesto hecho violaba, ello no le permitió defenderse adecuadamente y ejercer su derecho constitucional de defensa de la manera más amplia y justa posible" (fs. 118).

El recurrente agregó que, por su monto, las multas que le habían sido impuestas resultaban "arbitrarias, confiscatorias e irrazonables y violatorias del principio constitucional de razonabilidad de las leyes" (fs. 121 vta., destacado en el original). Apoyó esta reivindicación en el relativamente menor precio de las obras en cuyo contexto se verificaron las infracciones. Se agravió de que no se hubiera aplicado a su caso el art. 30 de la ley 451 —según la redacción vigente al momento de dictarse sentencia— que autorizaba la morigeración de las sanciones cuando por su monto éstas pudieran determinar "el cierre definitivo de una fuente de trabajo".

La apelante se refirió en forma minuciosa a las objeciones que, según entendió, le cabían a la forma en que la jueza a cargo había valorado las pruebas, y dedicó un fragmento de la presentación a solicitar que se trate a las conductas imputadas como integrantes de un concurso ideal, afirmando que "[h]ubo un solo hecho, una sola unidad de intención…." (fs. 128).

3. A fs. 45/47 obra una presentación de la infractora titulada "Ratifica expresión de agravios. Constituye nuevo domicilio. Denuncia hechos nuevos". Allí el apoderado de Inarteco pone a consideración de la cámara *a quo* "[l]a falta de carácter de funcionarios de los inspectores" (fs. 46, resaltado en el original). Sostiene que el dec. 111/08, que autoriza a integrar el Cuerpo de Inspectores del Espacio Público con personal contratado "bajo cualquier otra forma de contratación que se implemente en el futuro" resulta inconstitucional por tratarse de un caso de exceso reglamentario del Poder Ejecutivo local (fs. 46 vta.). Así, los inspectores que labraron las actas en virtud de las cuales se sancionó a la infractora, contratados bajo esta invalidada modalidad, no serían funcionarios del GCBA. Agrega Inarteco que, por lo expuesto, las actas de infracción n$^{os.}$ 3442, 4526 y 4772 no cumplen la exigencia prevista en el art. 3º de la ley 1216 que requiere que sea un funcionario del GCBA quien compruebe la infracción y emita el acta.

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas consideró que, atento al carácter limitado del recurso de apelación previsto por el art. 56 de la ley 1217, las cuestiones fácticas relativas a la valoración de la prueba realizada por la jueza de grado eran ajenas a su competencia, por lo que declaró mal concedido el recurso en cuanto se dirigía a impugnar esos aspectos de la sentencia.

En relación con los planteos que los jueces Capel y Marum, en su voto conjunto —a cuyos fundamentos adhirió el magistrado Vázquez—, entendieron susceptibles del recurso de apelación, la Cámara confirmó el fallo.

En cuanto a la supuesta nulidad de las actas de comprobación sobre la base de que omiten consignar la presencia de testigos y la norma presuntamente infringida, los jueces recurrieron a su criterio ya asentado y decidieron por la validez de las mismas. Entendieron que los omitidos no constituyen requisitos esenciales, y que pueden estar ausentes siempre que no se afecte el derecho de defensa de la parte.

El planteo de inconstitucionalidad de las penas previstas en el art. 2.1.15 fue rechazado en base a jurisprudencia del Tribunal que "…señaló que no correspondía inmiscuirse en el ejercicio de una facultad privativa de otro poder del Estado cuando no se constate que ellas fueron ejercidas en infracción al procedimiento establecido…" (fs. 59). La Cámara agregó que "…resulta exagerado predicar que la sanción del caso es susceptible de provocar el cierre definitivo de la empresa cuando, en el caso, ella fue impuesta en suspenso" (fs. 59).

La Sala interviniente resolvió no tratar lo manifestado en la presentación de fs. 45/47 por ser fruto de una reflexión tardía (fs. 55 vta.).

5. Contra esta resolución, el apoderado de Inarteco presentó el recurso de inconstitucionalidad de fs. 62/77. Sostuvo la inconstitucionalidad del art. 2.1.15, y sus concordantes, de la ley 451 que, desde su modificación por la ley 2680, prevé para la infracción que tipifica una sanción cuyo mínimo es de $ 100.000. Consideró que existe una "manifiesta, arbitraria e irrazonable desproporción entre los montos de las sanciones y el bien jurídico tutelado en dichas normas en relación a las infracciones allí previstas" (fs. 66). Ilustró este punto con la mención de datos relativos a la cantidad de obras que realiza en su giro habitual y al precio de venta de aquellas en las que se cometieron las infracciones del caso.

Inarteco también basó su recurso en la nulidad de las actas de comprobación, denunciando como ilegítima la forma de contratación de quiénes las hubieran labrado, reiterando el planteo hecho al respecto en la presentación de fs. 45/47.

Por último, sostuvo que la decisión de Cámara sobre los puntos anteriores había resultado arbitraria, vicio que también le adjudicó a "[l]a falta de graduación de las penas aplicadas" (fs. 75).

6. La Sala interviniente declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

Respecto de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad del art. 2.1.15 de la ley 451, los jueces sostuvieron que "…más allá del esfuerzo realizado por el recurrente en sus argumentaciones recursivas, aquel no logra demostrar las razones por las que considera violado el principio de legalidad, razonabilidad y resulta además una sanción confiscatoria e ilegal" (fs. 81 vta.). En lo que hace a la naturaleza de la relación contractual entre los inspectores que libraron las actas en que se basó el procedimiento y el GCBA, los jueces entendieron que el agravio no había sido oportunamente introducido por ser el producto de una reflexión tardía (fs. 82).

La Cámara se refirió por último a los agravios relativos a la falta de graduación de las penas aplicables y a la no aplicación de la franquicia prevista por el art. 30 de la ley 451, que Inarteco consideró violatorias del art. 28 de la C.N. Sostuvo que la recurrente "…no termina de explicar acabadamente porqué aquello que aparecía en el texto legal como el ejercicio de una facultad jurisdiccional (art. 30 RF, 'El juez puede atenuar la sanción prevista', antes de la reforma introducida por la ley 2195) debería ser leído, tal como se advierte subyacente en sus críticas, como el ejercicio de una obligación (fs. 82 vta.)".

7. Contra el auto denegatorio, Inarteco interpuso el recurso de queja que obra a fs. 87/106 vta. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició su rechazo (fs. 133/135).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 87/106 vta. fue interpuesta en tiempo y forma ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, debe ser rechazada. Inarteco S.A. (en adelante Inarteco) no cumple con la carga de criticar en forma concreta y circunstanciada la resolución que declaró inadmisible su recurso de inconstitucionalidad.

2. La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 62/77. Fundó esta decisión en que, con respecto al agravio relativo a la denunciada inconstitucionalidad del art. 2.1.15 de la ley 451, Inarteco "…no logra demostrar las razones por las que considera violado el principio de legalidad, razonabilidad y resulta además sanción confiscatoria e ilegal" (fs. 81 vta.). Los jueces *a quo* entendieron que el pretendido agravio era en realidad un desacuerdo con la sentencia impugnada, incapaz de habilitar la competencia del Tribunal.

La Sala I también rechazó la procedencia del recurso de inconstitucionalidad respecto de las impugnaciones fundadas en la relación contractual entre los inspectores que detectaron las infracciones por las que Inarteco resultó condenada y el GCBA, pues entendió que resultaron fruto de una reflexión tardía (fs. 81 vta.), decisión que apoyó en jurisprudencia del Tribunal (fs. 82).

Igual suerte corrieron las alegaciones tendientes a poner en crisis la falta de graduación de las penas aplicables y la no aplicación del art. 30 de la ley 451 —según la redacción vigente al momento de dictarse el pronunciamiento recurrido—. La Cámara entendió que no se trató de un agravio susceptible de hacer procedente el recurso de inconstitucionalidad. Sostuvo que "…como resulta criterio jurisprudencial del tribunal al que se pretende acceder, la interpretación y aplicación de una norma de derecho local resulta ajena a la competencia extraordinaria del Máximo Tribunal local" (fs. 82). Los jueces agregaron —tal como surge de los resultas que anteceden— que Inarteco no logró explicar acabadamente cómo aquello que

implica una facultad jurisdiccional (la morigeración de las sanciones) debía ser obligatoriamente ejercido, como revindicó en su recurso de inconstitucionalidad (art. 82 vta.).

3. La presentante reitera que, a su entender, existe una "…absoluta desproporción entre el bien jurídico tutelado en las normas arriba mencionadas, y los montos mínimos y máximos fijados, frente a los *acreditados* precios facturados por las obras referidas en esta causa…" para sostener que esa desproporción "demuestra claramente que no se trata de un simple desacuerdo con la aplicación de la cuestionada normativa legal, sino de un planteamiento de la cuestión constitucional…" (fs. 90 vta., destacado en el original). La infractora no identifica cuál es el bien jurídico tutelado que atribuye a las normas, ni cómo la supuesta desproporción que denuncia es capaz de desacreditar las afirmaciones de la Cámara. Debió refutar las afirmaciones de los jueces *a quo*, precisando por qué considera vulnerados sus derechos constitucionales, pero en lugar de esto reiteró la estrategia argumental empleada en cada instancia previa, con lo que no alcanzó a poner en crisis el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad.

En cuanto a los agravios rechazados por ser fruto de una reflexión tardía, Inarteco sostiene que "no es fruto de una reflexión tardía, sino de *hechos nuevos*…" (fs. 91, destacado en el original). No solo esto es tautológico, sino que no puede omitirse que lo que Inarteco identifica como "hechos nuevos" es en realidad el dec. 111/08, y las normas individuales dictadas en su consecuencia. No se trata de hechos, sino de normas que, además, ya estaban vigentes al momento de articular la infractora su recurso de apelación (véase cargo de fs. 129 vta.), con lo que la posibilidad de fundar su derecho en ellas precluyó en esa oportunidad procesal.

Respecto de la posibilidad de atenuar la sanción, prevista por el art. 30 de la ley 451 (según el texto vigente al imponerse las sanciones impugnadas), Inarteco sostiene que "[l]a morigeración de la sanción se debe imponer frente a lo irrazonable del castigo frente al bien jurídico tutelado —el uso correcto del espacio público— y al reproche que suscita la infracción a la normativa valorando, a ese fin, las circunstancias del caso". En nada altera lo hasta aquí afirmado esa manifestación, inconsistente con el resto de su presentación en cuanto a cuál es el bien jurídico tutelado por la norma, que además es puramente formularia, lo que impide considerarla.

El resto de la extensa presentación reitera lo manifestado en el recurso de inconstitucionalidad declarado inadmisible por la Sala *a quo*.

4. Lo reseñado da cuenta de que la presentación en examen no contiene una crítica sólida y pormenorizada de los argumentos que dio la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, lo que —como sostuve en reiteradas ocasiones— es un requisito esencial del recurso directo ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de

inconstitucionalidad", expte. nº 865/01, resolución del 9/4/2001). Su omisión determina el rechazo de la queja, por lo que también corresponde dar por perdido el depósito cuya constancia obra a fs. 109.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

Por las razones dadas por la Dra. Alicia E. C. Ruiz, a las que me adhiero, y las que expuse en mi voto en la causa: "Inarteco S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inarteco S.A. s/infr. art(s). 2.1.15, zanjas y pozos en la vía pública —L 451'", expte. nº 6886/09, sentencia de este Tribunal del 26/5/2010, a las que me remito, voto por rechazar la presente queja y, en consecuencia, dar por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a fs. 109.

El juez José O. Casás dijo:

La queja interpuesta por Inarteco S.A. debe ser rechazada por las razones que expone en su voto la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz y las desarrolladas en mi voto *in re* "Inarteco S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Inarteco S.A. s/inf. art(s). 2.1.15, zanjas y pozos en la vía pública —L 451", expte. nº 6886/09, sentencia del 26/5/2010, a las que me remito en homenaje a la brevedad.

Corresponde, en consecuencia, dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Dar por perdido* el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 109.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

CCXXVII

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA EN AUTOS TAHMIZIAN, FEDERICO DANIEL C/POLICÍA FEDERAL ARGENTINA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Cuestión abstracta.

Expte. SACAyT nº 7173/10 - 15/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación (fs. 20) contra lo decidido por el juez de primera instancia el 14 de febrero de 2008, en tanto resolvió: "…*1.* Rechazar el planteo de nulidad articulado por el Dr. Alejandro Gastón Petrucci contra el auto que en copia obra a fs. 1.// *2.* No reconocer legitimación procesal al Dr. Alejandro Gastón Petrucci para intervenir como asesor tutelar en los autos 'Tahmizian, Federico Daniel c/Policía Federal Argentina y otros s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)' (expte. nº 23.251/0) (art. 40 CCAyT).// *3.* Disponer la remisión del juicio identificado en el párrafo anterior al asesor tutelar Nº 1, para que tome la intervención que le compete, requiriéndosele que dentro de los *diez (10) días* de recibido ratifique o rectifique lo actuado en representación de los menores involucrados…" (el destacado pertenece al texto original, fs. 1/15 vta.).

El señor juez de primera instancia denegó dicho recurso de apelación, por considerar que no se advertía agravio alguno para la presentante (fs. 21).

2. El CM dedujo recurso de queja contra dicha desestimación (fs. 28/33 vta.). La Sala II de la Cámara CAyT, a su turno y frente a la aceptación de la renuncia del Dr. Petrucci a partir del 16 de febrero de 2009 al cargo de Titular de la Asesoría Tutelar de Primera Instancia ante ese fuero por parte de la Asesoría General Tutelar mediante resol. 11/09 de fecha 13 de febrero de 2009, declaró abstracta la cuestión debatida (fs. 46/47).

3. El CM articuló el subsiguiente recurso de inconstitucionalidad (fs. 49/54 vta.). La Cámara, en atención a lo resuelto por este Tribunal en los autos "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Skiba,

Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales en Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 5427/07, sentencia de fecha 12/3/2008 dispuso, por razones de economía y celeridad procesal, el archivo de las actuaciones (fs. 56 y vta.).

El CM planteó recurso de queja contra el archivo ordenado por la alzada, por considerar que dicha decisión importó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que su parte dedujera. Solicitó, en dicha oportunidad, que se resolviera "de conformidad con la doctrina emanada del caso 'Skiba'" (fs. 60/66 vta.).

4. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició, de conformidad con lo que dictaminara esa Fiscalía y luego resolviera este Tribunal en la causa "Skiba" (antes citada), que se declarase inadmisible la queja, pues lo decidido por la Cámara se ajustaba a dicho precedente. Por otra parte, señaló que "…el pronunciamiento recurrido, en cuanto declara abstracta la cuestión debatida, tampoco le ocasiona un gravamen o perjuicio actual al Consejo de la Magistratura. En verdad, el recurrente no demuestra, en el *sub examine*, que la decisión impugnada difiera sustancialmente de la pretendida por ese Consejo y resulte frustratoria de su interés…" (fs. 70/71).

5. Con posterioridad a ello, y en atención a que la Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió aclarar la sentencia de fecha 19/3/2010, que aquí se recurre, en el sentido que donde decía "Ordenar el archivo de las presentes actuaciones", debía leerse "Dejar sin efecto todo lo actuado y ordenar el archivo de las presentes actuaciones", el CM solicitó que se declarase abstracta la cuestión planteada en el recurso de queja que interpusiera ante estos estrados (fs. 73).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El CM solicita que se declare abstracta la cuestión por él articulada en la presente queja. Para fundar su pedido explica que con posterioridad a su presentación directa, el *a quo*, por vía de aclaratoria, resolvió que cuando la sentencia a cuya revisión aspiraba el demandado ante este Tribunal dispuso: "Ordenar el archivo de las presentes actuaciones" en rigor vino a "Dejar sin efecto todo lo actuado y ordenar el archivo de las presentes actuaciones" (fs. 73). En ese contexto, el recurso de inconstitucionalidad y por ende esta queja carecen de objeto porque la resolución recurrida quedó modificada de un modo que el CM estima satisfactorio para disipar el perjuicio denunciado en sus agravios.

En consecuencia, oído el señor fiscal general adjunto, voto por declarar abstracta la queja articulada a fs. 60/66.

Los jueces José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto la solución propuesta por el juez de trámite con apoyo en los antecedentes y fundamentos que expone en su voto. Así, pues, voto por declarar inoficiosa la queja.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar abstracta* la queja articulada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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.

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

CCXXVIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/ACEROMAT S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL- ING. BRUTOS CONVENIO MULTILATERAL'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia. Regulación de honorarios profesionales. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. La doctrina de la arbitrariedad de sentencia no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. Los agravios traídos por la recurrente solo traducen su discrepancia con el monto que los jueces de mérito fijaron para regular los honorarios a favor del letrado patrocinante y representante legal de la parte demandada, pero sin mostrar que resulte insostenible la determinación de los hechos de la causa y la interpretación de la norma de jerarquía inferior a la Constitución que estimaron aplicable (ley 21.839, con la modificación introducida por la ley 24.432). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. Afirmar que la decisión es arbitraria por omitir el tratamiento de cuestiones planteadas no supone mostrar que aquella sea insostenible, toda vez que no demuestra que, de haber sido abordados los mencionados planteos la sentencia hubiera debido arribar, indisputablemente, a una solución diferente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Los jueces no se encuentran obligados a tratar todos los argumentos presentados por las partes sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso y la recurrente no muestra que los invocados sean de esta última especie. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. El quejoso alude una y otra vez a aspectos de la sentencia de segunda instancia con los que discrepa, pero no aporta ninguna razón que logre poner en crisis los argumentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT nº 6793/09 - 15/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En el marco de una ejecución fiscal promovida por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), la jueza de primera instancia, reguló —con sustento en los arts. 6º, 7º, 19, 37 y 40 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432— los honorarios del Dr. Esteban Diego Trajterman en la suma de $ 15.906,91, por el patrocinio letrado y representación legal de la ejecutada (fs. 12 y vta.).

2. Contra dicha regulación se alzó el GCBA por considerarla "excesivamente elevada" (fs. 9/10 vta.).

Centró sus agravios en que la regulación de honorarios practicada: *a)* se apartaba de todos y cada uno de los principios que contiene la ley arancelaria, también de los criterios de interpretación sustentados en el sentido común y que surgían de los innumerables fallos dictados por los jueces; *b)* resultaba confiscatoria, violatoria del derecho de propiedad, del derecho de igualdad ante la ley y de la garantía del debido proceso; y que, de confirmarse, daría lugar a un enriquecimiento ilícito a favor del letrado beneficiario de tal regulación; *c)* se efectuaba teniendo en cuenta una base regulatoria que computó erróneamente intereses; *d)* pasaba por alto los arts. 20 y 33 de la ley de arancel, así como lo regulado en el Capítulo III de su Título II.

3. A su turno, la Sala II de la Cámara CAyT confirmó el pronunciamiento apelado (fs. 8).

Para así decidir, sostuvo —conforme los precedentes que citó— que "los intereses integraban la base regulatoria".

Señaló, además, que de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 6º, 7º, 19, 33, 37 y 40 de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, la naturaleza del proceso, su monto (el que arrojaba la liquidación practicada en autos), la etapa cumplida, la entidad de la labor desarrollada por el Dr. Esteban Diego Trajterman y el resultado obtenido correspondía —por resultar ajustados a derecho— confirmar los fijados por la jueza de primera instancia.

A su vez, y luego de ponderar la importancia de la labor desarrollada en esa instancia, fijó —atento lo establecido en los arts. 14 y citados de la ley de arancel— los honorarios de la dirección letrada de la parte ejecutada en la suma de $ 4.085.

4. Frente a ello, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/7 vta.).

Calificó de arbitraria la sentencia recurrida, por considerar que: *i)* violó expresas normas y garantías constitucionales (arts. 14, 16, 17, 19, 31, 129 y disposiciones concordantes, C.N. y arts. 13, inc. 3º y 12, inc. 5º, CCBA); *ii)* no analizó ni cuestionó los argumentos invocados por su parte (entre ellos, la improcedencia del cómputo de intereses en la base regulatoria, por ser de naturaleza accesoria al capital y revestir carácter indemnizatorio), ni dio las razones que justificaran su rechazo, lo que conculcaba su derecho de defensa en juicio; *iii)* omitió indicar cuál era —a criterio de la alzada— "la etapa cumplida" y cuál el monto correspondiente a dicha "etapa"; *iv)* no observó lo dispuesto por los arts. 20, 33 y 40 de la ley de arancel; *v)* en innumerables fallos dictados por ambas Salas de la Cámara del fuero, se establecían criterios para determinar la base regulatoria totalmente opuestos al aquí sostenido; lo que genera una situación de inseguridad jurídica; *vi)* repotenció el monto de la demanda aplicando, diariamente, a dicho monto todos los tipos de interés ("resarcitorios, punitorios y de financiación", fs. 6) en forma conjunta y acumulativa (fs. 6 vta.); *vii)* al evaluar la labor profesional no tuvo en cuenta la calidad, extensión y eficacia concreta de dicha labor; y *viii)* la regulación practicada se aparta de lo establecido en el art. 13 de la ley arancelaria.

5. La Cámara —previo traslado a la contraria, el que no fue contestado (véase fs. 2, último párrafo)— resolvió "…declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora…" por considerar que no se planteaba en forma adecuada un caso constitucional, ni se configuraba un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 2/3 vta.).

6. Disconforme con lo decidido, el GCBA interpuso la queja que tramita ante estos estrados (fs. 28/31). Reiteró las consideraciones que formulara en oportunidad de articular el recurso de inconstitucionalidad.

7. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto —luego de puntualizar que la pretensión deducida, por corresponder estrictamente a la satisfacción de intereses particulares, no ameritaba su intervención— señaló que la queja no satisfacía el

requisito formal de constituir una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que le denegó aquel recurso (fs. 47/48).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja deducida a fs. 28/31 no puede prosperar porque el recurrente no demuestra que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad comprometan la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales como lo exige el art. 113 inc. 3º reglamentado por la ley 402 o federales según la doctrina del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Di Mascio" (*Fallos,* 311:2478).

2. La doctrina de la arbitrariedad que invoca la apelante, conforme tienen señalado la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal siguiéndola, no ha sido elaborada para corregir sentencias equivocadas o que se reputan tales, ni las que resulten poco detalladas, sino para anular aquellas que muestren ser el fruto del mero arbitrio, esto es, aquellas que sea imposible derivar de la aplicación del derecho a los hechos de la causa (conf. "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss. entre otras; *mutatis mutandi Fallos,* 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608, 323:2196 y mi voto *in re* "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B. C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. n° 4245/05, sentencia del 26/4/2006). No muestra la recurrente que ello ocurra en el *sub examine*.

En efecto, los agravios traídos por la recurrente solo traducen su discrepancia con el monto que los jueces de mérito fijaron para regular los honorarios a favor del letrado patrocinante y representante legal de la parte demandada, pero sin mostrar que resulte insostenible la determinación de los hechos de la causa y la interpretación de la norma de jerarquía inferior a la Constitución que estimaron aplicable (ley 21.839, con la modificación introducida por la ley 24.432).

Afirmar que la decisión es arbitraria por omitir el tratamiento de cuestiones planteadas (vinculadas a la falta de correspondencia entre la labor efectivamente cumplida y el monto regulado y la invocada aplicación al caso de los arts. 20 —de acuerdo al cual en los procesos en los que no se hubiere dictado sentencia ni sobrevenido transacción el monto del proceso a estimar a los fines regulatorios no podrá exceder la mitad del que corresponda a la suma reclamada en la demanda y reconvención, cuando ésta se hubiere deducido— y 33 —que establece los parámetros para la regulación de honorarios en el marco de incidentes— de la ley 21.839), como lo hizo la parte recurrente, no supone mostrar que aquella sea insostenible, toda vez que no demuestra que, de haber sido abordados los mencionados planteos la sentencia hubiera debido arribar, indisputablemente, a una solución diferente. En este sentido, cabe señalar que los jueces no se encuentran obligados

a tratar todos los argumentos presentados por las partes sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso y la recurrente no muestra que los invocados sean de esta última especie.

Respecto de la alegada omisión de tratamiento del planteo relativo a la improcedencia del cómputo de intereses a efectos de determinar la base regulatoria de los mencionados honorarios, basta señalar que el *a quo* abordó la cuestión propuesta y la rechazó, con remisión a la doctrina sentada por ese Tribunal en el precedente "GCBA c/Sívori, Walter L. s/ej. fiscal" (expte. EJF 671.297, del 8/2/2008), en el cual fundó su postura en el alcance que estimó corresponde dar al art. 19 de la ley 21.839, que la recurrente no tacha de inconstitucional.

3. Por lo dicho en el punto precedente, los derechos constitucionales invocados por la recurrente —derecho al debido proceso, a la defensa en juicio, de propiedad, de igualdad— carecen de relación directa con la decisión cuestionada.

4. Finalmente, la invocación del art. 13 de la ley 24.432 fue articulada por vez primera en el recurso de inconstitucionalidad, lo que obsta a que sea tratado en esta instancia.

Por las razones dadas, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 28/31.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, toda vez que el recurrente no planteó de una manera seria y fundada un verdadero caso constitucional.

Más allá del acierto o error de la sentencia de la Cámara, lo cierto es que el recurso versa sobre la interpretación y aplicación de normas y principios infraconstitucionales que no habilitan, por vía de principio, la competencia de este TSJBA mediante el recurso intentado.

2. Tampoco puede tildarse de arbitraria la sentencia recurrida, puesto que si bien puede ser objeto de crítica desde el punto de vista jurídico, se funda en las constancias de la causa, y no resulta autocontradictoria o carente de motivación.

En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 28/31 fue interpuesta oportunamente por el GCBA (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, como lo señala el señor juez de trámite, no puede prosperar.

2. Al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados destacaron (fs. 2/3 vta.):

i) que (fs. 2 vta.) "(...) las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba" pues "(...) se trataron aspectos esencialmente vinculados

a la labor profesional del letrado de la demandada, a la luz de la normativa legal y jurisprudencia aplicables";

ii) que (fs. 2 vta.) "(...) para arribar a la solución adoptada fueron analizados los argumentos y pruebas aportadas en orden a determinar si la regulación de honorarios profesionales fijada en la anterior instancia resultaba adecuada a las constancias de la causa, de acuerdo a las normas, principios y reglas que regulan la labor profesional y los derechos que establecen";

iii) que (fs. 2 vta.) "(...) las cuestiones tratadas fueron todas estrictamente relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional, y la decisión adoptada aparece precedida de adecuada fundamentación"; y

iv) que (fs. 2 vta.) "(...) las garantías y principios constitucionales genéricamente invocadas no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada".

Por fin, en cuanto a la denuncia de arbitrariedad, los jueces expresaron (fs. 3) que "(...) la decisión apelada se encuentra adecuadamente fundada y las cuestiones que la sustentan han sido ponderadas y detalladas en forma explícita, más allá del distinto parecer de la recurrente".

3. Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Como lo advierte el fiscal general adjunto a fs. 48, el GCBA no cumplió con el mencionado recaudo de fundamentación, prescripto por el art. 33 de la ley 402.

En su presentación de fs. 28/31 el quejoso alude una y otra vez a aspectos de la sentencia de segunda instancia con los que discrepa. Sin embargo, no aporta ninguna razón que logre poner en crisis los argumentos de la denegatoria de fs. 2/3 vta., centrados en que el debate estuvo referido a cuestiones de hecho y prueba y a la aplicación de normas infraconstitucionales.

En síntesis, las deficiencias de la crítica al auto denegatorio intentada en la presentación en examen sellan su suerte adversa y me impiden avanzar más allá de lo expuesto.

4. En consecuencia, corresponde rechazar la queja de fs. 28/31.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CCXXIX

"OSORIO, MARÍA DEL PILAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'OSORIO, MARÍA DEL PILAR C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestión constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. EMPLEO PÚBLICO: Encasillamiento. Principio *pro operario*. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Los planteos esgrimidos manifiestan la discrepancia con la decisión del *a quo* que no reconoció efecto retroactivo al dec. 922/94 ni el pago de las consiguientes diferencias salariales, en tanto sostuvo que la interpretación de los términos del aludido decreto no permitía entender que éste hubiese venido a enmendar error alguno en la inicial categorización de la actora, de modo que remiten a la determinación del alcance de las pretensiones formuladas por las partes y a la interpretación de las normas infraconstitucionales involucradas (decs. 670/92 y 922/94); aspectos que, por regla, resultan ajenos al recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Más allá del acierto o error de la conclusión a la que arribó el tribunal *a quo*, se advierte que los dichos de la recurrente sólo expresan su discrepancia con lo decidido mas no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. En su presentación directa la actora no dedica una sola línea a fundar la apertura de la instancia extraordinaria, pues el escrito carece de toda crítica del auto que denegara el recurso de inconstitucionalidad y la quejosa se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin expresar ningún agravio contra la resolución que lo declaró inadmisible. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Se agrega copia de la sentencia dictada en el expte. nº 6259/08, "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", del 17/6/2009, como parte integrante del voto de la señora jueza Ana María Conde, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja si no se da cumplimiento a la carga de realizar una crítica concreta y detallada del auto denegatorio ni se rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. No es admisible el recurso de queja si no se expone una cuestión constitucional y solo se enuncia una discrepancia con la sentencia de Cámara en cuanto a la valoración que ese tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales que consideró aplicables para fundar la decisión impugnada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 7113/10 - 15/9/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. María del Pilar Graciela Osorio inició una demanda por cobro de pesos contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) "derivado de diferencias retroactivas e impagas por nulidad de encasillamiento durante el período transcurrido entre el 1º/4/1992 y el 30/6/1994", más sus intereses y las costas del juicio (fs. 1/5 vta., autos principales).

Manifestó que fue encasillada por aplicación del dec. 670/92 a partir del 1º/4/1992 "en un determinado nivel y grado" —que no indicó—, que interpuso contra ese decreto recursos dirigidos a que se declarara su nulidad y también contra los decs. 670/92, 671/92 y 677/92; que no fueron resueltos.

Agregó que a partir del 1º/7/1994 fue reencasillada —en la categoría en la que revistaba a la fecha de la demanda— por la Administración, a través de la disposición 178/DGRH/94, que dio aplicación al dec. 922/94. Afirmó que "[e]l dec. 922/94, fue dictado en base a los argumentos del planteo de nulidad efectuado, a fin de corregir el erróneo encasillamiento que realizó la demandada al 1º/4/1992, por aplicación del dec. 670/92, del personal que prestaba servicios, en funciones jurídicas, en el ámbito de la Procuración General" (fs. 2 y vta., autos principales).

A fs. 30/33 de los autos principales, la actora precisó que pretendía la declaración de nulidad parcial del art. 1° del dec. 922/94 y de la resol. 178/DGRH/94 en cuanto modificó su situación de revista a partir del 1º/7/1994 y no a partir del 1º/4/1992, como sostiene hubiera correspondido.

2. El juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó la demanda instaurada en todas sus partes, con costas (fs. 450/455, autos principales). Consideró que: *a)* la parte actora no había probado el incorrecto encasillamiento inicial; *b)* tampoco había cuestionado la legitimidad de las normas que rigieron aquel primer encasillamiento; *c)* no surgía del dec. 922/94 la existencia de errores anteriores en el encasillamiento de los empleados profesionales que se

desempeñaban en la Procuración General que esa norma hubiese venido a subsanar, y *d)* la actora no había acreditado la existencia de agentes que desempeñaran las mismas funciones que ella y que percibieran un salario superior.

3. La sentencia fue apelada por la actora (fs. 458 y memorial de fs. 464/472, autos principales). Sostuvo que el juez de primera instancia había omitido valorar las pruebas que daban cuenta que el dec. 922/94 había efectuado una corrección del reescalafonamiento dispuesto por el dec. 670/92, por lo que éste debía considerarse retroactivo. Afirmó que tampoco se había tenido en cuenta que, conforme las normas aplicables, no era posible efectuar un doble encasillamiento de los agentes en el Sistema Municipal de la Profesión Administrativa. Por último, agregó que se había prescindido "…de repetidos actos de autoridades de la demandada que significaron un reconocimiento de la deuda…" (fs. 469 vta.).

El GCBA contestó los agravios y solicitó el rechazo del recurso (fs. 474/479 vta., autos principales).

4. La Sala I de la Cámara CAyT rechazó el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmó la sentencia de primera instancia. Impuso las costas de ambas instancias a la accionante vencida (fs. 486/490, autos principales). Para así decidir sostuvo que la ampliación efectuada mediante dec. 922/94 no implicó la aceptación de un encasillamiento erróneo, sino la instrumentación de una mejora de la situación salarial de algunos agentes que cumplían funciones profesionales, dispuesta por razones de equidad.

5. Contra esta decisión, la Sra. Osorio interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 497/505, autos principales).

La actora sostuvo que la sentencia impugnada omitió considerar que existía "un claro reconocimiento de la deuda por parte de la demandada, tanto en los actos administrativos producidos como en actuaciones paralelas llevadas a cabo entre las partes" (fs. 498, autos principales). Insistió en que el GCBA había reconocido la existencia de la deuda por mal encasillamiento originario al abrir la negociación con los agentes y sus representantes gremiales. Agregó que los fundamentos de equidad debían remontarse a la fecha de vigencia del dec. 670/92; que el dec. 922/94 y la disposición 178-DGRH-94 tuvieron por objeto "regularizar" la situación de revista de los agentes con la mayor celeridad, por lo que no cabía ninguna duda sobre la retroactividad de las disposiciones correctoras hasta la fecha indicada en el dec. 670/92; que la interpretación del dec. 922/94 más compatible con el resto de las normas del dec. 670/92 es la que consideraba que los efectos se producían a partir del encasillamiento anterior, ya que no se podía ingresar dos veces al régimen del SIMUPA. Los agravios giraron, también, en torno de la arbitrariedad de la sentencia, de la vulneración de derechos constitucionales (defensa en juicio, debido proceso y propiedad) y de la existencia de gravedad institucional, "…en cuanto las anomalías comprometen el ejercicio de la actividad jurisdiccional, además de la importancia trascendente de la justa retribución de funcionarios del Gobierno de la Ciudad…" (fs. 498 vta.).

6. Luego de contestado por el GCBA el traslado del recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte actora (fs. 509/520, autos principales), la Cámara decidió no concederlo. La Sala sostuvo que el recurrente "…no logra exponer debidamente un genuino caso constitucional…"; que la sentencia dictada no podía calificársela de arbitraria; ni se configuraba un supuesto de gravedad institucional (fs. 522/523 vta., autos principales).

7. Frente a ese pronunciamiento, la actora dedujo recurso de queja ante el Tribunal (fs. 1/11 vta. de esta queja).

8. Al contestar la vista que le fuera conferida, el señor fiscal general adjunto consideró que la recurrente no había expuesto un caso constitucional y que, por tal motivo, la queja articulada debía ser rechazada (fs. 27/29).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la parte actora fue deducido en tiempo y forma; sin embargo, no puede prosperar toda vez que en autos —como acertadamente puntualiza la alzada— no se ha logrado configurar un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

Si bien en el escrito a estudio la actora ha invocado la afectación de derechos de raigambre constitucional —defensa en juicio (art. 18, C.N.) y propiedad (arts. 17, C.N.)—, no ha logrado exponer en forma razonada y fundada los motivos por los cuales la sentencia recurrida habría provocado una lesión a esas reglas.

En realidad, los planteos esgrimidos manifiestan su discrepancia con la decisión del *a quo* que no reconoció efecto retroactivo al dec. 922/94 ni el pago de las consiguientes diferencias salariales, en tanto sostuvo que la interpretación de los términos del aludido decreto no permitía entender que éste hubiese venido a enmendar error alguno en la inicial categorización de la actora. Así, los agravios propuestos remiten a la determinación del alcance de las pretensiones formuladas por las partes y a la interpretación de las normas infraconstitucionales involucradas (decs. 670/92 y 922/94); aspectos que, por regla, resultan ajenos a la vía recursiva intentada [véase en sentido concordante este Tribunal *in re* "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17 de junio de 2009 y, más recientemente, en "García Miriam Nora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Miriam Nora c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" expte. n° 6500/09, sentencia del 28/10/2009; "De Paoli, Silvia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'De Paoli, Silvia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6737/09, sentencia de fecha 10/3/2010 y "Kubrusli, Ricardo Manuel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kubrusli, Ricardo Manuel c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6730/09, sentencia de fecha 12/5/2010].

2. Por otra parte, el planteo relativo a la supuesta arbitrariedad de la sentencia objetada tampoco puede tener andamiento.

Más allá del acierto o error de la conclusión a la que arribó el tribunal *a quo*, se advierte que los dichos de la recurrente sólo expresan su discrepancia con lo decidido mas no logran poner de resalto deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerar al pronunciamiento impugnado como la "sentencia fundada en ley" a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.

En este punto, resulta oportuno destacar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

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 de octubre de 1960, tampoco puede prosperar, pues 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).

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar la queja incoada por la Dra. María del Pilar Graciela Osorio a fs. 1/11 vta.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009.

En este caso, al igual que en dicho precedente, bajo el agravio de arbitrariedad lo que intenta obtener el recurrente no es algo distinto a que el Tribunal revise la interpretación de los decs. 670/GCBA/92 y 922/GCBA/94 —derecho infraconstitucional— y valore las constancias probatorias de la causa para establecer si el actor ha sido o no mal encasillado en el SIMUPA, cuestiones todas ellas que resultan, en principio, ajenas al remedio intentado (art. 27, LPT).

Más allá del acierto o error de la decisión recurrida, la interpretación dada por la Cámara al alcance de los citados decretos aparece adecuadamente razonada

y fundada en el plexo jurídico que estimó necesario analizar y cuya aplicación fuera invocada por la propia parte actora.

2. Por otra parte, las críticas dirigidas a la presunta falta de consideración de distintas actuaciones administrativas en las cuales, según el recurrente, el GCBA habría reconocido la deuda reclamada, no logran demostrar la arbitrariedad de la sentencia atacada. Tal como lo he sostenido en la causa "Vidal, María del Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vidal, María del Carmen c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6671/09, sentencia del 28/12/2009, "aun situándonos en la hipótesis de que el dec. 922/94 fuese el resultado de un conflicto gremial iniciado a raíz del dictado del dec. 670/92, ello no implica que la única forma de resolver dicho conflicto sea el 'reencasillamiento' del personal, como lo entendió la actora, pues fue otra la solución adoptada por la administración, de acuerdo a lo que surge del art. 1º del dec. 922/94 [...] Tampoco considero que las notas emitidas por el Procurador General a la Secretaría de Hacienda configuren una manifestación de la voluntad de la administración. La Procuración es un órgano consultivo, y sus dictámenes son actos preparatorios, de asesoramiento jurídico, que no son vinculantes respecto de la autoridad competente de la administración activa que resuelve […] En el contexto del conflicto gremial descripto por el accionante, una vez dictado del dec. 922/94, el entonces Procurador emitió las notas 6192-PG-95 y 2424-PG-96 a la Secretaría de Hacienda. Vale decir que estas notas ni siquiera fueron dictámenes sino meros actos inter-orgánicos, sin embargo de su lectura se advierte que sólo pueden interpretarse como una sugerencia, o un asesoramiento […] Pero en modo alguno dichas notas implicaron una declaración de voluntad de la administración en ese sentido. Más aún esto es así cuando simultáneamente, otro órgano de la administración, la Secretaría de Hacienda, se mostró renuente a otorgar la partida solicitada para efectuar el pago".

3. Por estos motivos, y los concordantemente expuestos en el fallo "Gentile" arriba citado —cuyas copias deberán agregarse a estas actuaciones por Secretaría—, voto por rechazar el recurso de queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como ha sido señalado por mis colegas, la cuestión traída a conocimiento del TSJBA en esta causa es sustancialmente similar a la resuelta en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 6259/08, sentencia del 17/6/2009.

Al igual que en ese precedente la sentencia de Cámara buscó apoyo en la interpretación de normas locales no constitucionales, como lo son los decs. 670/92 y 922/94; cuestión ajena, por regla, a la competencia de este Tribunal en la vía intentada, sin que la recurrente haya logrado demostrar en el *sub lite* que corresponda hacer excepción a esa regla.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 1/11.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma, pese a lo cual resulta improcedente.

2. Como lo expresara al votar en "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, entre otros antecedentes, "[e]s requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001)".

3. Sin embargo, en su presentación directa la actora no dedica una sola línea a fundar la apertura de la instancia extraordinaria. El escrito carece de toda crítica del auto que denegara el recurso de inconstitucionalidad. La quejosa se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin expresar ningún agravio contra la resolución que lo declaró inadmisible.

Por lo tanto, no cumple siquiera mínimamente con la carga de demostrar el error en el cual, a su juicio, habría incurrido la Sala I de la Cámara CAyT al cerrarle el acceso al Tribunal.

En síntesis, la pieza obrante a fs. 1/12 no constituye, técnicamente, un recurso de queja y, tal como sostuve en otras oportunidades, éste es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque —como es sabido— no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo.

En consecuencia, las deficiencias de la presentación definen su rechazo e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto. La queja es improcedente. Así voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por María del Pilar Graciela Osorio.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 17/6/2009 en los autos "Gentile, Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gentile, Marcelo José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'" (expte. nº 6259/08) como parte integrante del voto de la jueza Ana María Conde.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

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

CCXXX

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ORNSTEIN, ULISES NAHUEL S/INFR. ART(S). 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento del recurso. Suspensión del proceso contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF nº 7483/10 - 15/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia se hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa, fijando reglas de conducta distintas a las propuestas por la Fiscalía. Apelada esa decisión por la Fiscalía, la Cámara confirmó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la Fiscalía interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, desistió del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

En virtud de lo estipulado en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

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

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

En similar sentido, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ortiz, Juan Carlos s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7488/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Neill, Juan Jorge s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7477/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Suárez Tarraf, Tomás s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7485/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruete Guemes, Luis s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7482/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mettola, Damián Alejandro s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7478/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Llanir, Ariel Omar s/infr. art. 111, CC'" (expte. nº 7474/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Montoro, Guido Ariel s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7480/10), del 15/9/2010; "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palavecino, Nicolás Andrés s/inf. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7502/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Poggi, Enrique s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7403/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Garibaldi Dipaola, Lucas Juan s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7501/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Juan José s/inf. art(s). 111,

CC'" (expte. nº 7504/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Chatruc, Manuel Ernesto s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7507/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Freixas, Pablo Enrique s/inf. art. 111, CC'" (expte. nº 7481/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bernardo, Jorge Rubén s/inf. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7490/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nacach Rattagan, Matías Carlos s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7506/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ibáñez Nieto, Rodrigo s/inf. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7498/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Muto, Lorena Romina s/infr. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7505/10); "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cecere, Marcelo Martín s/inf. art(s). 111, CC'" (expte. nº 7500/10), del 22/9/2010.

CCXXXI

"GENTILI, RAFAEL, S/PETICIÓN ELECTORAL —OTROS"

COMUNAS: Elecciones.

Expte. SAO n° 7544 - 15/9/2010

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás dijeron:

En atención a que ha vencido el plazo fijado en la providencia de fs. 12, sin que el presentante de fs. 8/10 haya cumplido con la intimación en ella formulada,

corresponde hacer efectivo el apercibimiento indicado en esa oportunidad y, en consecuencia, desestimar sin más trámite la presentación efectuada (art. 271, *in fine*, CCAyT y art. 2º, ley 402).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Ninguna de las pretensiones de la presentación de fs. 8/10 vta. es justiciable. Si bien alguna de las cuestiones allí mencionadas, v. gr. la forma en que corresponde realizar la propaganda vinculada a la difusión de las comunas, podría, frente a determinadas circunstancias, ser materia de tratamiento por parte de este Tribunal (conf. la ley 268), lo cierto es que en torno a ellas no se ha efectuado un planteo en condiciones tales que pueda ser analizado por el TSJBA. En efecto, la pretensión del legislador Gentili tiene por objeto, exclusivamente, que el TSJBA vele porque el Poder Ejecutivo acomode a derecho acciones no ejecutadas, pedido, este último, que no resulta susceptible de ser tratado por un órgano permanente del Poder Judicial.

Por ello, voto por rechazar *in limine* la mencionada presentación.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* sin más trámite la presentación de fs. 8/10.

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

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

CCXXXII

"ASOCIACIÓN CIVIL ALIANZA PARA EL USO RACIONAL DE ENVASES EN ARGENTINA (AUREA) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. GESTIÓN DE RESIDUOS: Obligaciones de hacer. Obligaciones de dar. Principio contaminador-pagador. Internalización de costos. CONTRIBUCIÓN ECONÓMICA AL SISTEMA PÚBLICO DE GESTIÓN DE RESIDUOS: Naturaleza. Tributo. Tasa. Precio. REGLAMENTACIÓN DE LA LEY: Principio de reserva de ley en materia tributaria. Principio de capacidad contributiva.

SUMARIOS:

1. Bajo la apariencia de que existe un vasto universo de normas constitucionales vulneradas, la accionante no hace más que insistir en la supuesta transgresión del

principio de legalidad y el de certeza —que no funda normativamente—, sin hacerse cargo de que sus manifestaciones no muestran que el decreto que impugna crea un tributo, condición necesaria para ingresar en el análisis de sus dichos, deficiencia que veda el tratamiento de la alegada violación del principio de capacidad contributiva, que tampoco funda en derecho. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Inés M. Weinberg de Roca. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La falta de mérito y la inconveniencia atribuidas a la norma impugnada no bastan para habilitar la competencia del Tribunal en el marco del art. 113 inc. 2º CCBA, ni pueden suplir los argumentos constitucionales omitidos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Inés M. Weinberg de Roca. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Por medio de la acción prevista en el art. 113, inc. 2° CCBA, la actora intenta producir la pérdida de vigencia de la norma que impugna, pero sin reparar en que la seriedad y calidad argumental del debate resultan determinantes de la suerte de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pues no es posible adoptar una decisión que conlleve la abrogación de una norma sobre la base de un intercambio de argumentos aparentes o poco sustanciales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La norma impone a los obligados cumplir con una entre distintas prestaciones, unas de hacer (v. gr. gestionar por sí los residuos derivados de sus productos) y otras de dar, en el caso, sumas de dinero (el pago de una “contribución”, conforme la terminología empleada por el legislador), y cualquiera de ellas importa el cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 9º, inc. b, de la ley 1854, de hacerse cargo de la gestión de los residuos derivados de sus productos, de modo que esa obligación está concebida como de índole alternativa, de las definidas en el art. 635 del Cód. Civil, a la que son aplicables, a falta de otra previsión legal, las soluciones de los arts. 636 y 637 del mismo cuerpo normativo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La imposición de las prestaciones de hacer que pesa sobre quienes realizan algunos de los actos previstos en la ley 1854, no requiere aprobación por una mayoría potenciada de legisladores, aun cuando tuvieran la característica de cargas, por tener fuente en la voluntad unilateral del Estado, porque, a diferencia de los tributos, con los cuales comparten la característica de ser unilateralmente impuestas por el Estado, no tienen por objeto una prestación de dar —esencial en el concepto de tributo según el uso habitual en nuestro medio— sino de hacer o no hacer, por lo que no puede serles extendida la manda del art. 81, inc. 9º, de la CCBA, cuya interpretación, por ser una excepción a la regla de la mayoría simple, debe ser restringida a los tributos, únicos objetos que, con un lenguaje que goza de toda precisión, denota esa norma. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El PL no necesita reunir la mayoría potenciada prevista en el art. 81, inc. 9º, de la CCBA para imponer prestaciones de dar frente al incumplimiento de una obligación previamente establecida, toda vez que, en principio, una prestación dispuesta en esas condiciones no sería un tributo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Las prestaciones de dar, esto es, aquellas que se requieren como consecuencia de la violación de un deber que pesa sobre los habitantes de la Ciudad,

pueden constituir sanciones, si tienen por objeto disuadir al cumplimiento del deber impuesto; la reparación del daño que acarreó el incumplimiento o; ambas a la vez, y dentro de este último grupo de obligaciones corresponde enmarcar la "contribución" impuesta por el art. 9º de la ley 1854, toda vez que las prestaciones a que ese artículo se refiere tienen origen en el deber de proteger, entre otros, el ambiente y la salud de los habitantes de esta Ciudad (capítulos Cuarto y Segundo, respectivamente, del Título Segundo, CCBA, y arts. 41 y 14 bis, C.N.). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El principio contaminador-pagador pone en cabeza de quien genere un daño al ambiente el deber de repararlo, en cambio, la noción de internalización de los costos apunta a que quien produce, importa, etc. bienes para que sean puestos en un mercado deba incorporar entre sus costos, por ejemplo, y en lo que al caso importa, el costo de la gestión de los residuos que esos bienes generen con su consumo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La obligación de contribuir económicamente al sistema de gestión de residuos (sea cual fuese su naturaleza) nació con la ley 1854, y frente al texto de la ley, y a la interpretación de él a la luz de Declaración de Río de 1992, la cuantificación que queda deferida al PE consiste en una pura tarea instrumental carente de toda discrecionalidad política, que no excede la función reglamentaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Dentro de la regulación legal, la Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos, cuya reglamentación aquí se controvierte, se constituye en una de las alternativas previstas en los tres primeros incisos del art. 9º de la ley 1854 enderezadas, todas ellas a atender los problemas que plantea la gestión integral de los residuos sólidos urbanos que se generen en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en vista a la consecución del objetivo que apunta a lograr el estándar de "Basura Cero". *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

11. La fundamentación que se orienta a caracterizar a la contribución pública para la gestión de residuos de la Ciudad de Buenos Aires como una carga económica fundada en principios generales del Derecho, resulta insuficiente para validar una prestación coactiva unilateralmente impuesta por el acreedor a través de reglamentos subalternos, esto es un decreto del Departamento Ejecutivo y los actos de alcance general que pueda emitir la autoridad de aplicación. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

12. Toda prestación patrimonial pública que no tenga base contractual y que se reclame, ya a título de tributo —género que no se agota en las especies tradicionales de impuesto, tasa, o contribución especial— o de sanción —v. gr. multas por conductas ilícitas reprochadas—, debe tener por fuente imprescindiblemente la ley emanada de los órganos representativos de la voluntad general —congresos, parlamentos, cortes, legislaturas, asambleas legislativas, etc. —a partir del multisecular principio de reserva de ley —como regla constitucional de formación en materia de fuentes—, que preside tanto el ámbito del derecho penal como el del derecho tributario. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

13. Más allá de que la responsabilidad ambiental puede recomendar que quien incorpora al mercado productos generadores de residuos deba afrontar los costes de su tratamiento, ello, si así es decidido e instrumentado mediante una prestación patrimonial coactiva a favor del Estado —que no constituya sanción por hecho ilícito—, tal opción necesariamente deberá ser implementada a través de una ley en razón del principio de derecho recibido que reclama de la intervención necesaria del Poder Legislativo para crear obligaciones tributarias. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

14. La demandada no explica cuál es la razón en virtud de la cual prestaciones patrimoniales coactivas por el tratamiento público de los residuos se fundamentarían a partir de la responsabilidad originada en el daño que genera al medio ambiente la incorporación al mercado de material contaminante, lo que las dotaría de una naturaleza jurídica no tributaria o de carga económica, mientras que, por otro lado, el Código Fiscal de la Ciudad —a partir de la ley 3393—, prevé, claro está que para otros supuestos de tratamiento público de residuos contemplados en el marco de la ley 1854, prestaciones caracterizadas como tributos, en su Título VI a través de: "Gravámenes ambientales", al instituir, por el Capítulo I, un "Impuesto a la generación de residuos sólidos urbanos húmedos no reciclables" y, en el Capítulo II, otro "Impuesto a la generación de residuos áridos y afines". *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

15. Las alternativas que se ofrecen a los responsables para sustraerse de pagar la Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos, ya sea por estar insuficientemente desarrolladas en sus requisitos y consecuencias o por constituir opciones tan solo aparentes o de difícil o imposible cumplimiento, se exhiben como irrelevantes para descartar la idea de que se esté en presencia de un tributo y que el pago de la contribución económica pública se pueda presumir consentido por los responsables caracterizados como deudores o sujetos pasivos. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

16. La tasa constituye una especie del género tributo, se inspira en el principio contraprestativo y su hecho generador viene constituido por la prestación de un servicio público divisible —*uti singuli*—, personalizado en el contribuyente, con lo cual su recaudación global debe guardar una razonable equivalencia con el costo total de la actividad pública desplegada. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

17. Si la Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos —prevista en el anexo del dec. 760/08, reglamentario del art. 9º, inc. b, de la ley 1854— fuera un tributo, ella debería radicarse en la especie tasa. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

18. La Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos prevista en el anexo del dec. 760/08, reglamentario del art. 9º, inc. b, de la ley 1854 no se despliega como consecuencia de una actividad pública justificante requerida por el obligado, por lo cual corresponde descartar que se esté en presencia de un precio público o una tarifa. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

19. La cuantificación de la Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos prevista en el anexo del dec. 760/08, reglamentario del

art. 9º, inc. b, de la ley 1854 no ha sido precisada en la ley y, en servicios *uti singuli* como las tasas, si bien se requiere de una razonable equivalencia entre el monto total recaudado y el costo también total del servicio —computando los directos o indirectos— la distribución entre el universo de los obligados puede realizarse teniendo en cuenta, no ya el costo de prestación singular a cada uno de ellos, sino su potencialidad económica o capacidad contributiva. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

20. Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los contenidos del anexo del dec. 760/08 que se dice reglamentario del art. 9º de la ley 1854, en cuanto aspira a dar operatividad a la Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR —, por infringir el principio de reserva de ley en materia tributaria (arts. 4º, 17, 75 inc. 2º de la C.N. y arts. 51 y 80, inc. 2º y 81, inc. 9º, de la CCBA), con pérdida de vigencia del contenido del apart. 3 numerales 1, 2 y 3, del apart. 4 y del apart. 5, numerales 5.1., 5.2. y 5.3., haciendo saber lo resuelto a la Legislatura de la Ciudad por haberse afectado sus competencias. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. SAO n° 6370/08 - 15/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA), planteó a fs. 35/50 la inconstitucionalidad —en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA y art. 17 y cc., ley 402— del dec. 760/08 y su anexo dictados por el Ejecutivo local, que reglamenta el art. 9º de la ley 1854 (Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos).

La actora mantuvo que con el dictado de dicho decreto el Poder Ejecutivo "altera el espíritu de la norma que reglamenta, convirtiendo en tributo una norma que no lo es y asumiendo funciones reservadas exclusivamente a la Legislatura", en contradicción con los arts. 51, 81, 89, 90, 102 y 103 de la CCBA (fs. 49 vta.).

Afirmó, asimismo, que la reglamentación impugnada ignora el principio rector de gestión integral tendiente a reducir la generación y la disposición de residuos de productos establecido por la ley 1854 y establece inconstitucionalmente una "norma tributaria con el objeto de recaudar un monto dinerario, denominada contribución especial, para financiar el sistema público de gestión de residuos de productos" (fs. 38 vta.).

2. A fs. 66/68 el señor fiscal general propició la admisibilidad formal de la acción en examen.

3. Por resolución del 27/5/2009 (fs. 70/78), por mayoría, se declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada y se corrió traslado de la demanda, que fue contestada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

mediante la presentación formulada por la Procuración General en su carácter de apoderada judicial de la demandada (fs. 85/111).

El Gobierno de la Ciudad solicitó el rechazo íntegro de la acción interpuesta, por entender, desde un plano formal, que "la demanda [...] no cuenta con los requisitos mínimos exigidos para este tipo de acción. No existe la legitimidad en la actora, se refiere en forma genérica a la violación de principios constitucionales, sin individualizar cómo se encuentran afectados dichos principios, incurre en múltiples contradicciones y no cuestiona la constitucionalidad de la ley 1854 que sirve de antecedente al dec. 760/08, el que se limita a reglamentar las obligaciones impuestas por dicha norma" (fs. 110 y fs. 86 vta./93).

En cuanto al fondo, consideró que "la naturaleza jurídica de la obligación impugnada por AUREA en nada se relaciona con un recurso tributario que impone el Estado, sino que se refiere a la responsabilidad y al deber de contribuir con un sistema de gestión de residuos en su carácter de generadora. Esta obligación, se encuentra en cabeza de las empresas generadoras de residuos que afectan el medio ambiente y a los individuos de toda la comunidad" (fs. 102 vta.).

Estimó que "la opción que finalmente adoptó el dec. 760/08 entraña una atribución obligatoria, es decir, el pago de una obligación común o corriente (art. 495 y ss. Cód. Civil), que el productor, importador, distribuidor, intermediario, etc. debe realizar a favor de la Ciudad (acreedora) para que ésta absorba los costes que demande la gestión de los residuos originados por sus actividades" (fs. 99 vta.), empero no se trata de "una obligación tributaria", no existe un "hecho imponible", ni se toma en cuenta "la capacidad contributiva" del obligado, ni se relaciona con una "tasa" (fs. 109 vta.).

Por último, concluyó que el "Sistema de Responsabilidad que ha sido adoptado por el GCBA es una herramienta eficaz para transferir el manejo de la gestión de residuos sólidos domiciliarios (incluyendo sus costos) desde el consumidor a los productores, de manera de influir en las características de los productos que pueden ser o son nocivos en la etapa de post-consumo por su volumen, toxicidad y reciclabilidad" con el "propósito final de promover la prevención y minimización de los residuos" (fs. 98 vta.).

4. A fs. 113/119 en su dictamen sobre el fondo de la cuestión, el señor fiscal general se pronunció por el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por entender, en sustancia, que "el dec. 760/GCBA/08 no ha creado la contribución que prevé su art. 4º, pues la misma se encontraba contemplada por la ley 1854 previamente, respecto de la que no se ha solicitado declaración de inconstitucionalidad alguna".

5. El 27 de noviembre de 2009, en atención a la vacancia originada por la renuncia del juez Julio B. J. Maier y de acuerdo con lo establecido por los arts. 25, párr. 2º, ley 7 y 8, ley 402, se integró el Tribunal con la Dra. Inés Weinberg de Roca como magistrada subrogante (fs. 129 y 130).

6. Los días 16 de diciembre de 2009 y 28 de abril de 2010 se celebró la audiencia prevista en el art. 6º de la ley 402, durante la cual las partes reiteraron los planteos formulados en la causa.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. En la resolución del 27/5/2009 sostuve que la acción interpuesta por la Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) era inadmisible.

Anticipo que las contingencias posteriores del proceso no modifican mi opinión.

2. Al interponer demanda, la actora se refirió al objeto de la impugnación en forma demasiado general. No precisó el texto o conjunto de textos normativos a los que dirigía su pretensión. Las objeciones de carácter constitucional que realizó fueron genéricas, y por otro lado, omitió conectar las disposiciones cuya validez discutía con las pautas constitucionales pretendidamente afectadas, que simplemente enumeró.

3. Lo manifestado por AUREA en la audiencia celebrada en el marco de esta acción repite —en gran parte—, los defectos y carencias de su presentación de fs. 35/50 que determinaron el sentido de mi voto en la providencia citada en el apart. 1. En rigor, la actora reiteró la estructura y el nivel de los argumentos, y no alcanzó a superar la ambigüedad de la demanda.

Los intentos de AUREA por definir los aspectos imprecisos de su escrito inicial y el enlace entre el dec. 760/08 y las reglas constitucionales que pretende doblegadas no satisfacen el requisito del art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ ni la jurisprudencia del 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, 2001, t. I, pp. 56 y ss., entre otros).

Si bien la accionante comenzó su intervención en la audiencia enumerando a qué artículos del dec. 760/08 y de su anexo dirigiría la acción declarativa, esa recapitulación aislada no tuvo un desarrollo posterior que mejorara la postura adoptada en el escrito de inicio.

De hecho, bajo la apariencia de que existe un vasto universo de normas constitucionales vulneradas, AUREA no hace más que insistir en la supuesta transgresión del principio de legalidad y el de certeza —que no funda normativamente—, sin hacerse cargo de que sus manifestaciones no muestran que el decreto que impugna crea un tributo, condición necesaria para ingresar en el análisis de sus dichos. Esta deficiencia veda también el tratamiento de la alegada violación del principio de capacidad contributiva, que la actora tampoco funda en derecho.

AUREA dedicó la mayor parte de su exposición oral a referirse a la falta de mérito y a la inconveniencia que atribuye a la norma que impugna. Tales con-

sideraciones no bastan para habilitar la competencia del Tribunal en el marco del art. 113 inc. 2º CCBA, ni pueden suplir los argumentos constitucionales que omitió volcar.

4. Como *obiter dictum,* quiero añadir:

a) respecto de los fundamentos de la acción, señalé al pronunciarme sobre la admisibilidad de esta demanda que una decisión sobre el fondo exigiría pronunciarse sobre la naturaleza de la contribución económica prevista en el art. 9º, inc. b, *in fine* de la ley 1854, siendo que esta norma no forma parte de la pretensión.

Otro tanto puede decirse acerca de las referencias respecto de lo manifestado por los legisladores de la Ciudad en las sesiones del Poder Legislativo local y, desde luego, de otros proyectos de ley que no integran, como es obvio, el objeto de este proceso.

b) Por último, debe tenerse en cuenta que, *a priori* y en abstracto —forma de evaluación que define a esta acción—, el ejercicio con fines de lucro de actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente, y el empleo en ellas de bienes y recursos públicos que realizan los sujetos que en principio estarían alcanzados por la norma impugnada, determina el carácter necesariamente regulado de su industria, en tanto ella es capaz de afectar los intereses y derechos homogéneos de todos los vecinos de la Ciudad. Ello, además, coloca a esas actividades en una situación de sujeción especial respecto del poder de policía del GCBA, y exige y justifica una apreciación más estricta de cualquier objeción a normas regulatorias como las aquí cuestionadas.

Desde esta perspectiva, no puede hacerse lugar a una acción declarativa (art. 113, inc 2º, CCBA) tan pobremente fundada.

5. Lo expuesto determina el rechazo de la pretensión.

Así voto.

La jueza INÉS M. WEINBERG DE ROCA dijo:

Me adhiero al voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. El escaso desarrollo argumental en relación con los cuestionamientos de índole constitucional que fundaran la demanda y el alcance de la pretensión determinada por la vía intentada, me llevaron, en su momento a expresar dudas respecto de la admisibilidad de la acción. No obstante, me pronuncié favorablemente en la inteligencia de que, cuando un justiciable está invocando la lesión a un derecho, si existen dudas en cuanto a sustanciar o no el debate, los jueces debemos permitir que éste se produzca y que la parte vea satisfecho su derecho a ser oída por un Tribunal de justicia que emita una decisión acerca del planteo efectuado.

II. Si bien la parte actora explica que cuestiona los arts. 3.3; 3.7; 4º; 5.1; 5.2 y 5.3 del dec. 760/08 por entender que resultan violatorios de los arts. 51, 81, 102 y 103 de la Constitución local, tal aseveración no ha resultado desarrollada con la seriedad y suficiencia que exige una acción de esta naturaleza.

La oportunidad brindada de debatir en audiencia pública los argumentos y demostrar la conexión con una cuestión de índole constitucional, no ha sido aprovechada por la parte accionante. En efecto, luego del debate producido el día 28/4/2010, la Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de los Envases en la Argentina (AUREA) no ha logrado establecer ni desarrollar tal nexo argumental. Detrás de la formulación contenida en la demanda, no se encuentran los fundamentos idóneos para dar entidad a la acción intentada y puede afirmarse, en cambio, que el planteo formulado no ha sobrepasado la enunciación superficial de principios y garantías de raigambre constitucional, pero sin adentrarse en un plano más profundo de análisis que comprendiera los aspectos cuestionados, así como las omisiones de los puntos que a criterio de la parte demandante debieron incorporarse a la reglamentación. En suma, y tal como lo señala la jueza preopinante, la parte actora no ha siquiera acreditado la naturaleza tributaria de la contribución que objeta, dato esencial para ingresar al análisis de la afectación del principio de legalidad, que —se sostuvo desde la demanda— el dec. 760/08 estaría vulnerando.

Por medio de la acción prevista en el art. 113, inc. 2° CCBA, la actora intenta producir la pérdida de vigencia de la norma que impugna, pero sin reparar en que la seriedad y calidad argumental del debate resultan determinantes de la suerte de la acción, pues queda claro que no será posible adoptar una decisión que conlleve la abrogación de una norma sobre la base de un intercambio de argumentos aparentes o poco sustanciales. Este Tribunal ya ha sostenido desde sus primeros pronunciamientos, que no basta con que se invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que exige la procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Por las razones expuestas, coincido con la solución a la que arriba mi colega preopinante, Dra. Alicia E. C. Ruiz, en su voto y considero corresponde rechazar la acción declarativa intentada. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La presente demanda tiene por objeto que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del dec. 760/08, por resultar contrario a los arts. 17 y 19 de la C.N. y 10, 12 inc. 5º, 51, 81 inc. 9º, 102 y 103 de la CCBA. Más allá de que me he pronunciado en contra de la admisibilidad de la presente acción, el Tribunal ha dispuesto darle trámite (véase punto 3 de los "Resulta"), y esa es la decisión que debe ser cumplida. Ello admitido, paso a exponer por qué entiendo que la acción debe ser rechazada.

2. En ocasión de celebrarse de la audiencia del art. 6º de la LPTSJ, la parte actora precisó sus agravios en los siguientes términos:

i) el art. 4º del Anexo del dec. 760/08, sin respaldo en la ley 1854, cuyo art. 9º reglamenta, creó un tributo, la "contribución" que pesa sobre

"[e]l productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso inicial, parcial o total, se conviertan en residuos, [quien] debe efectuar periódicamente una contribución económica al Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR— en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos", con lo que habría vulnerado el principio de legalidad. En un similar orden de ideas, AUREA cuestionó el art. 1º de ese Anexo que dispone que "[s]e incluyen dentro del ámbito de aplicación de la presente reglamentación, todos los productos que con su uso se conviertan en residuos que se gestionen como desechos sólidos urbanos de origen domiciliario, comercial e industrial, puestos en el mercado en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sean cuales fueren los materiales utilizados. Quedan excluidos los residuos alcanzados por el art. 5º de la ley 1854"; porque, según afirmó, ha definido el ámbito de aplicación del tributo instrumentado por el citado art. 4º.

ii) el art. 5.1 de dicho Anexo es inconstitucional porque viola el principio de capacidad contributiva, al disponer que la reseñada "contribución" debe ser establecida en función de los "…diferentes tipos de productos teniendo en cuenta la composición de los materiales utilizados, su impacto ambiental y el costo de su tratamiento y disposición final según la normativa vigente".

iii) finalmente, los arts. 3.1 y 5.3 también del Anexo son contrarios a la CCBA y a la C.N. porque delegan en la autoridad de aplicación, el Ministerio de Ambiente y Espacio Público, la facultad para "[e]stablecer el monto de la contribución" y las "…condiciones, modalidades y plazos…" a que su pago estará sujeto; cuestiones que, a criterio de la accionante, sólo podían haber sido establecidas por ley.

3. Antes de ingresar a los planteos formulados por AUREA, es preciso poner de resalto que la Ley 1854 de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos, cuyo objeto es "…establecer el conjunto de pautas, principios, obligaciones y responsabilidades para la gestión integral de los residuos sólidos urbanos que se generen en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma sanitaria y ambientalmente adecuadas, a fin de proteger el ambiente, seres vivos y bienes" (conf. su art. 1º), adopta el concepto de "Basura Cero", al cual define como "…el principio de reducción progresiva de la disposición final de los residuos sólidos urbanos, con plazos y metas concretas, por medio de la adopción de un conjunto de medidas orientadas a la reducción en la generación de residuos, la separación selectiva, la recuperación y el reciclado" (conf. su art. 2º). A tales fines, esa misma ley establece que "…la autoridad de aplicación [esto es, el Ministerio de Ambiente y Espacios Públicos, conf. los arts. 48 de esa ley y 3 del Anexo del dec. 760/08] fija un cronograma de reducción progresiva de la disposición final de residuos sólidos urbanos que conllevará a una disminución de la cantidad de desechos a ser depositados en rellenos sanitarios. Estas metas a cumplir serán de un 30 % para el 2010,

de un 50 % para el 2012 y un 75 % para el 2017, tomando como base los niveles enviados al CEAMSE durante el año 2004. Se prohíbe para el año 2020 la disposición final de materias tanto reciclables como aprovechables" (conf. su art. 6º); y su art. 3º dispone que "[l]a Ciudad garantiza la gestión integral de residuos sólidos urbanos entendiéndose por ello al conjunto de actividades interdependientes y complementarias entre sí, que conforman un proceso de acciones para la administración de un sistema que comprende, generación, disposición inicial selectiva, recolección diferenciada, transporte, tratamiento y transferencia, manejo y aprovechamiento, con el objeto de garantizar la reducción progresiva de la disposición final de residuos sólidos urbanos, a través del reciclado y la minimización de la generación".

Ese sistema es el medio que el legislador local encontró para cumplir, entre otros, con el objetivo de "[g]arantizar los objetivos del art. 4º de la ley nacional 25.916 (*BO* nº 30.497 del 7/9/2004) 'Gestión Integral de Residuos Domiciliarios'" (conf. el art. 10, inc. a, de la ley 1854); objetivos que consisten en: "…*a)* lograr un adecuado y racional manejo de los residuos domiciliarios mediante su gestión integral, a fin de proteger el ambiente y la calidad de vida de la población; *b)* promover la valorización de los residuos domiciliarios, a través de la implementación de métodos y procesos adecuados; *c)* minimizar los impactos negativos que estos residuos puedan producir sobre el ambiente; *d)* lograr la minimización de los residuos con destino a disposición final" (conf. el art. 4º de la ley 25.916).

3.1. En ese contexto, se inscribe el art. 9º de la ley 1854 —norma cuya constitucionalidad no ha sido controvertida— que dispone:

"La reglamentación establecerá las pautas a que deberán someterse el productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, será obligado de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Elaborar productos o utilizar envases que, por sus características de diseño, fabricación, comercialización o utilización, minimicen la generación de residuos y faciliten su reutilización, reciclado, valorización o permitan la eliminación menos perjudicial para la salud humana y el ambiente.

b) Hacerse cargo directamente de la gestión de los residuos derivados de sus productos, o participar en un sistema organizado de gestión de dichos residuos o contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión de residuos en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos.

c) Aceptar, en el supuesto de no aplicarse el apartado anterior, un sistema de depósito, devolución y retorno de los residuos derivados de sus productos, así como los propios productos fuera de uso, según el cual el usuario, al recibir el producto, dejará en depósito una cantidad monetaria que será recuperada con la devolución del envase o producto.

d) Informar anualmente a la autoridad de aplicación de los residuos producidos en el proceso de fabricación y del resultado cualitativo y cuantitativo de las operaciones efectuadas".

3.2. Conforme surge del texto citado, y en lo que ahora importa, el art. 9º impone al "…productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos" la obligación de hacerse cargo de la gestión de los residuos derivados de sus productos (conf. su inc. b). Para ello, abre opciones entre gestionarlos directamente o, "…participar en un sistema organizado de gestión de [esos] residuos…" o, "…contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión de residuos en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos".

La norma impone a los obligados cumplir con una entre distintas prestaciones, unas de hacer (v. gr. gestionar por sí los residuos derivados de sus productos) y otras de dar, en el caso, sumas de dinero (el pago de una "contribución", conforme la terminología empleada por el legislador). Cualquiera de dichas prestaciones importa cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 9º, inc. b, de la ley 1854: la de "[h]acerse cargo (…) de la gestión de los residuos derivados de sus productos". Es decir, que esa obligación está concebida como de índole alternativa, de las definidas en el art. 635 del Cód. Civil, a la que son aplicables, a falta de otra previsión legal, las soluciones de los arts. 636 y 637 del mismo cuerpo normativo.[45]

La imposición de las prestaciones de hacer que pesa sobre quienes realizan algunos de los actos previstos en la ley, no requiere aprobación por una mayoría potenciada de legisladores, aun cuando tuvieran la característica de cargas, por tener fuente en la voluntad unilateral del Estado. Ello así, porque, a diferencia de los tributos, con los cuales comparten la característica de ser unilateralmente impuestas por el Estado, no tienen por objeto una prestación de dar —esencial en el concepto de tributo según el uso habitual en nuestro medio[46]— sino de hacer o

[45] El art. 635 del Cód. Civil establece que "[o]bligación alternativa es la que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada. El art. 636 que "[e]l obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir con una de ellas íntegramente, sea la prestación de una cosa o de un hecho, o del lugar del pago, o de cosas, hechos y lugar de la entrega". Y el art. 637 que "[e]n las obligaciones alternativas, corresponde al deudor la elección de la prestación de uno de los objetos comprendidos en la obligación".

[46] Es prácticamente unánime en la doctrina nacional definir "tributo" como obligación de dar. En este orden de ideas, el profesor Dino Jarach señala que "…cuando se habla de este tópico [la relación jurídica tributaria], se alude —en general— a la relación tributaria principal, la que tiene por objeto la obligación de pagar el tributo (obligación de dar). No se dejan afuera de ella las obligaciones accesorias como: los intereses, suplementos de impuestos, etcétera (*Finanzas públicas y derecho tributario*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, p. 367). Héctor B. Villegas, por su parte, define como tributos a '"las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejer-

cicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines" (*Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Héctor B. Villegas, Depalma, 7ª edición, ampliada y actualizada, p. 67). También, Juan Carlos Luqui explica que "[l]a obligación tributaria es el vínculo legal que constriñe la voluntad particular, mandando entregar al Estado una suma de dinero desde el momento que se produce el acto o el hecho previsto en ella y que le sea imputable" (*Derecho constitucional tributario*, Depalma, p. 324). Carlos M. Giuliani Fonrouge manifiesta, en línea con la doctrina que vengo citando, que las "…prestaciones [tributarias] *comúnmente* son en dinero, por ser esto características de nuestra economía monetaria, pero no es *forzoso* que así ocurra. Sin referirnos a tiempos pretéritos, en la época actual así ocurrió con gravámenes que afectaban a la agricultura en Rusia, donde fue obligatoria la entrega en especie al Estado o a las cooperativas de una parte de las cosechas y de la producción agraria, a precios inferiores al costo; en México, el art. 2º del C.F. de la Federación de 1967 hablaba del impuesto como prestación 'en dinero o en especie' y en el impuesto a la producción de oro, en el actual derecho, se sigue pagando en especie; en el Argentina también existieron diversos tributos en especie, con fines de regulación económica (granos, yerba mate, vino); y en Gran Bretaña, el derogado impuesto sucesorio podía pagarse con tierras, muebles y objetos de valor artístico, a igual que el impuesto a la transferencia de capital, que sustituyó a aquél. De manera, entonces que el carácter pecuniario no constituye la esencia de la obligación tributaria" (*Derecho financiero*, Carlos M. Giuliani Fonrouge, Depalma, 7ª edición, obra actualizada por: Susana Camila Navarrine y Rubén Oscar Asorey, volumen 1, pp. 317/318). Todos los autores citados, referentes de la doctrina nacional, ámbito en que se inscribe la CCBA, coinciden en señalar que los tributos constituyen una obligación de dar. En esas condiciones, no hay motivos para pensar que, con la voz "tributos", el constituyente local hubiese querido referirse (conf. en el art. 81, inc. 9º, de la CCBA) a una prestación de especie distinta a las de dar. Asimismo, cabe agregar que la idea de que los tributos constituyen prestaciones de dar tiene, también, recepción generalizada en la doctrina de otros países de la región. En este orden de ideas, el profesor, brasileiro, Geraldo Ataliba enseña que "[e]l contenido de las normas tributarias, esencialmente, es una orden o mandato para que se entregue al Estado (…) cierta suma de dinero. En otras palabras: la norma que está en el centro del derecho tributario es aquélla que contiene el mandato: 'entregue dinero al Estado'" (*LL*, t. 150. p. 921); y el Dr. Ramón Valdés Costa, Catedrático de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, manifiesta que "…las notas características de los tributos en el derecho latinoamericano contemporáneo son cuatro" entre las que identifica su "naturaleza pecuniaria". Dicho autor explica que esa característica "…consiste en [la entrega de] una suma de dinero. Es éste un elemento típicamente relativo, que incluso presenta excepciones en el derecho contemporáneo. Autores prestigiosos no consideran este elemento como esencial, admitiendo que las prestaciones sean pecuniarias o en especie (…). No obstante, la más aceptada en la doctrina y en el derecho comparado, es la de restringir la noción a las prestaciones pecuniarias…" (*Curso de derecho tributario,* Ramón Valdés Costa, Temis, 3ª ed., pp. 81/82).

Con igual alcance, el profesor Fernando Sainz de Bujanda, referente del derecho financiero y tributario español, define a los "tributos" como obligaciones de dar. Así establece que "…bajo la denominación de tributo queda comprendida toda prestación patrimonial obligatoria —habitualmente pecuniaria— establecida por la ley a cargo de las personas, físicas y jurídicas, que se encuentren en los supuestos de hecho que la propia ley determine y que vaya dirigida a dar satisfacción a los fines que al Estado y a los restantes entes públicos —territoriales o institucionales— estén encomendados" (*Sistema de derecho financiero*, Fernando Sainz de Bujanda, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, volumen segundo, p. 22).

Finalmente, cabe señalar que aun cuando la doctrina italiana manifiesta que la obligación tributaria está compuesta tanto por obligaciones de dar como de hacer, distingue unas de otras

no hacer. Consecuentemente, no puede serles extendida la manda del art. 81, inc. 9º, de la CCBA, cuya interpretación, por ser una excepción a la regla de la mayoría simple, debe ser restringida a los tributos, únicos objetos que, con un lenguaje que goza de toda precisión, denota esa norma.

Cuando prestaciones de diversas especies conforman el objeto de una obligación alternativa y asiste al obligado el derecho de elegir, entre esas prestaciones, aquella mediante cuyo cumplimiento habrá de descargarse de la obligación, el examen de la armonía entre la Constitución y la norma que crea la obligación debe ser hecho contemplando el conjunto de las prestaciones que alternativamente pueden satisfacerla. Ello así, puesto que no se trata sino de una sola obligación con múltiples opciones de cumplimiento. Para que así sea, la elección debe ser auténtica, esto es, las opciones deben ser lealmente definidas, de manera que la imposibilidad o la desmesurada onerosidad de una no convierta a la otra en el camino ineludible del cumplimiento.[47]

El examen debe pasar por los niveles de la ley y del decreto separadamente.

En el nivel de la ley, la presencia de un vicio que alcance a una o más alternativas, pero no a todas, no conduce a la inconstitucionalidad. Ello así, por aplicación de la idea que expresa el art. 639 del CC que establece que "[s]i uno de los objetos prometidos no pudiese realizarse aunque sea por culpa del deudor, o por otra causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado. Si ninguno de ellos puede prestarse, y el uno ha dejado de serlo por culpa del deudor, éste tiene la obligación de entregar el valor del último que hubiese dejado de poder ser prestado".

3.3. Aplicada al caso de nuestra ley, si encontráramos inválida la prestación consistente en el pago, por ejemplo, por resultar de una votación insuficiente (ello, en el supuesto de que se concluyese que es tributo, conclusión a la que no cabe arribar sin más, conf. punto 3.4. de este voto), pero, fueran, en cambio, legítimas las restantes, anular la prestación dineraria no redundaría en beneficio del sujeto del deber, pues quedaría obligado al cumplimiento de alguna de las alternativas válidas. No cabría, en consecuencia, el planteo, por falta de interés jurídico en él.

No se asemeja la situación en el decreto. Si una de las prestaciones fuera inválidamente reglamentada, la privación del derecho a liberarse de la obligación mediante el cumplimiento de la alternativa frustrada provendría del PE, y el deu-

---

identificando a las primeras, las de dar, con el tributo y a las segundas con los demás cargas que imponen a los administrados las normas tributarias (v. gr. la de presentar la DDJJ), es decir, que no contempla a cargas no vinculadas a la recaudación (recepción de la prestación de dar) dentro de las obligaciones tributarias. Véase, en particular, Berliri, Antonio, *Principios de derecho tributario,* Ed. de derecho financiero, 1971, traducción, estudio preliminar y notas de Narciso Amorós Rica y Eusebio González García, volumen 2, pp. 75/87 y pássim.

47 Vale tener en cuenta a los fines del análisis la concepción que inspira el art. 638 del Cód. Civil, que transcribo seguidamente: "[s]i una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, la otra es debida al acreedor".

dor quedaría en situación de reclamar el restablecimiento del derecho que la ley le confiere. Puesto en otras palabras, si el decreto reglamentara indebidamente la prestación dineraria, desatendiendo los costos, por ejemplo, el contribuyente obligado podría reclamar, al menos, la corrección del vicio. En síntesis, mientras la ley podría, sin que cayera la obligación, asumir como válida una prestación que los jueces entienden inconstitucional, el decreto no podría, en cambio, reducir los derechos que la ley acuerda al obligado. Si, en cambio, la opción entre distintas prestaciones fuere suprimida por la excesiva onerosidad de las de hacer o no hacer, la de dar debería ineludiblemente ser examinada como tasa, exigiendo de ella los requisitos de validez propios de estos tributos.

En el caso, no cabe adentrarse al análisis de la validez de reglamentación de las opciones previstas en el citado art. 9º que ha realizado el dec. 760/08 más allá de lo opinable, puesto que no ha sido materia de agravio en el *sub lite* la razonabilidad en la reglamentación.

3.4. A lo dicho, cabe agregar que el PL no necesita reunir la mayoría potenciada prevista en el art. 81, inc. 9º, de la CCBA para imponer prestaciones de dar frente al incumplimiento de una obligación previamente establecida. Ello así, toda vez que, en principio, una prestación dispuesta en esas condiciones no sería un tributo. Una de las características principales de los tributos la constituye la circunstancia de que la obligación pago surge ante el acaecimiento de un hecho lícito que el legislador definió como el hecho imponible (hipótesis de incidencia o hecho generador de la obligación tributaria) del tributo del que se trate. En cambio, las prestaciones de dar mencionadas en primer término, esto es, aquellas que se requieren como consecuencia de la violación de un deber que pesa sobre los habitantes de la Ciudad, pueden constituir: *i)* sanciones, si tienen por objeto disuadir al cumplimiento del deber impuesto; *ii)* la de reparar el daño que acarreó el incumplimiento (v. gr. las obligaciones previstas en el Libro II, Sección II, Título IX del Cód. Civil) o; ambas a la vez.

Dentro de este último grupo de obligaciones corresponde enmarcar la "contribución" impuesta por el art. 9º de la ley 1854, aun cuando no cabe analizar cuál es su naturaleza, ante la falta de agravio. Ello así, toda vez que las prestaciones a que ese artículo se refiere tienen origen en el deber de proteger, entre otros, el ambiente y la salud —esta última, como uno de los aspectos sobre el cual repercute el cuidado del primero— de los habitantes de esta Ciudad (capítulos Cuarto y Segundo, respectivamente, del Título Segundo, CCBA, y arts. 41 y 14 bis, C.N.).

Por su parte, los habitantes de la Ciudad carecen de vías alternativas para resolver el tema de la basura. El reducido ámbito geográfico de la Ciudad sumado a su enorme desarrollo urbanístico, impone contar con sistemas que reduzcan los residuos a los que se precisa dar destino final.[48]

[48] Prueba de esas circunstancias la constituyen, entre otros, el convenio celebrado entre la ex MCBA (Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) y la provincia de Buenos Aires para

3.5. En el caso, AUREA no ha impugnado el art. 9º de la ley y, por ende, tampoco ha controvertido la honestidad de las opciones reseñada *supra*, sin que baste, a tales fines, con afirmar que el art. 3º, inc. 3º, del Anexo del dec. 760/08 pone en cabeza del Ministerio de Ambiente y Espacios Públicos la función de "[d]eterminar de oficio, en casos de incumplimiento de la obligación de información o falta de pago de la contribución, el monto de la deuda y emitir el certificado de ejecución de deuda fiscal". De la circunstancia de que esa norma prevea un sistema de determinación de oficio, entre otros, frente a los supuestos de incumplimiento de pago, no se desprende que el decreto limitó los derechos que acordó la ley 1854. Ese dato aislado da cuenta, únicamente, de la existencia de un sistema de control. AUREA debió, cuando menos, para fundar su planteo, conectar esa circunstancia a otras que permitiesen concluir que el decreto vino inválidamente a reducir las opciones previstas en la ley (conf. punto 3.3. de este voto); cosa que no ha hecho.

3.6. A su vez, las previsiones del citado art. 9º constituyen una modalidad local de cumplimiento del compromiso asumido por el Gobierno de la Nación mediante la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre el medio ambiente y el desarrollo; en particular, reafirman el "principio 16" (principio a cuyo respecto, juntamente con los restantes diseñados por la Declaración, la Argentina reafirmó su

---

la creación de la sociedad "Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado" (Convenio Ampliatorio celebrado el 6 de mayo de 1977, aprobado por la MCBA por medio de la ordenanza 34.961), cuyo objeto abarca, entre otros, el de: "*a)* [p]lanificar, proyectar y ejecutar, por sí o mediante contratación con terceros, la disposición final de residuos sólidos de toda el 'área metropolitana' mediante la utilización de la técnica de relleno sanitario que se llevará a cabo en los terrenos bajos que se disponga al efecto;// *b)* [p]lanificar, proyectar y ejecutar, por sí o mediante contratación con terceros, la recuperación de terrenos bajos e inundables ubicados en el 'área metropolitana' que han quedado, por tal circunstancia, marginados del proceso de urbanización. – La recuperación de estas tierras se realizará además, del relleno sanitario, prescripto en el inciso anterior mediante el refulado de zonas costeras o de la apertura de canales o de rectificación de cursos de agua, o cualquier otro método técnicamente y económicamente conveniente;// *c)* [p]lanificar, proyectar y ejecutar, por sí o mediante contratación con terceros, un Sistema Regional de Parques Recreativos en las tierras recuperadas, teniendo en cuenta las necesidades actuales de la población y su crecimiento previsible, con miras a mejorar las condiciones ecológicas del ambiente urbano del 'área metropolitana'. – A tal efecto, realizará la forestación de las zonas recuperadas e implementará las mejoras necesarias para disponer de la infraestructura recreativa que incluirá la posibilidad del acceso público a la práctica de deportes;// *d)* [e]l objeto social descripto precedentemente en una primera etapa se llevará a cabo en los terrenos adyacentes al actual trazado de la autopista Buenos Aires-La Plata, comprendido entre el Riachuelo y hasta la Ciudad de La Plata, la costa del Río de La Plata y la envolvente virtual que delimita las zonas urbanas actualmente edificadas; y en las tierras adyacentes al Río Reconquista desde el Dique de Cascallares hasta su desembocadura, siempre que se trate de tierras no urbanizadas en forma efectiva. Sin perjuicio de ello, la Sociedad deberá proyectar la integración del Cinturón Ecológico de Buenos Aires, proponiendo la afectación necesaria para que quede integrado un anillo forestado rodeando toda el 'área metropolitana' y la Capital Federal" (conf. art. 4º del Estatuto aprobado en el ámbito local por la ordenanza 33.691/77).

compromiso en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, suscripto en Asunción, República del Paraguay, el 22/6/2001; acuerdo que fue aprobado por la ley 25.841).

Dicha declaración, cuyos alcances no cabe analizar en esta ocasión, pone a los jueces en el deber de interpretar las normas en línea con lo allí dispuesto, siempre que eso sea posible. Ello así, puesto que es doctrina recibida aquella según la cual "si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas; sólo si la colisión con el tratado fuera inevitable y palmaria debe estarse a la hipótesis de su incumplimiento, con las consecuencias que ello entraña" (conf. el voto del Dr. Antonio Boggiano *in re* "Cafés La Virginia S.A.", *Fallos,* 317:1282).

3.7. El mencionado "principio 16" establece la regla según la cual:

"Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

El texto transcripto no sólo establece el principio de quien contamina paga, contaminador – pagador (más conocido en inglés como: *polluter pays principle*),[49] sino, y principalmente, pone en cabeza de los Estados la obligación de hacer que se "internalicen" los costos ambientales. Esa obligación, la de que se *internalicen* esos costos, contiene un significado económico que lleva naturalmente, en el caso de los "residuos sólidos urbanos" (tema del que se ocupa la ley 1854), a que el gasto de la gestión de los residuos que genere forme parte de los costos de quien pone en el mercado un bien (finalidad buscada por el art. 9º transcripto *supra*). En este mismo orden de ideas, la *World Commission on Environment and Development* (WCED) ha señalado que en 1972, los países miembros de la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) estuvieron de acuerdo en basar su política ambiental en el principio contaminador-pagador; principio que, sostuvieron, constituye, esencialmente, una medida económica consistente en promover que las industrias "internalicen" los costos ambientales así queda incluido en el precio de sus productos esos costos.[50]

[49] Principio receptado, v. gr., en el Tratado Único de la Unión Europea (TUE) de Amsterdam de 1997, según el cual "[l]a política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga" (art. 174.2, conc. art. 130 R TUE de Maastricht de 1992).

[50] *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/45/427. Development*

La "internalización" consiste en la incorporación a un precio de costos que, de otro modo, constituirían "externalidades" soportadas por conjuntos de personas distintas de quien los ocasiona, frecuentemente la sociedad entera, como ocurriría en nuestro caso si se invalida la prestación dineraria. Al obligar a "internalizarlos" se genera un incentivo para reducirlo al mismo tiempo que se evita que unos vivan a expensas de otros. Johnson, Paul M., en *A glossary of Political Economy Terms*, señala, entre otras cuestiones, que una situación en la cual los costos o beneficios propios de los productores o adquirentes de un bien o servicio difieren de los costos o beneficios totales para la sociedad implicados en esa producción o consumo. Una externalidad existe cuando una acción de un individuo afecta el bienestar (*well-being*) de otro —sea mejorándolo o empeorándolo— por medios que no obligan a indemnizar el perjuicio sufrido por el individuo afectado, con sustento en su derecho de propiedad. Tanto las externalidades "positivas", como las "negativas" suscitan un problema para el funcionamiento eficaz del mercado en la maximización de la utilidad total de la sociedad. La parte "externa" de los costos y beneficios de producir un bien no serán incluidas en las funciones de oferta y demanda, pues los compradores y vendedores racionales que maximizan sus ganancias no consideran los costos y beneficios que no soportan. Por tanto, una porción de los costos o beneficios no se verá reflejada en determinar el precio y cantidad que equilibra el mercado, cuestiones estas últimas determinadas por el mercado. El precio del bien o servicio que produce la externalidad tenderá a igualar el costo personal marginal del productor y la utilidad personal marginal del consumidor, en lugar de la igualdad del costo social marginal de producción y la utilidad marginal social del consumo. De este modo, los incentivos normales del mercado para que compradores y vendedores maximicen sus utilidades personales los llevarán a la sobre o infra producción de la mercadería en cuestión desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, no al nivel socialmente óptimo de producción. Los bienes que involucran una externalidad positiva serán "infra-producidos", desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, mientras que los bienes que generen una externalidad negativa serán "sobre-producidos", desde el punto de vista de la sociedad como un todo.[51] Esa compensación repercute en los costos del bien producido, que luego serán trasladados al consumidor.

---

and International Co-operation: Environment, cuyo texto original dice, en la parte reseñada,"[i]n 1972, the member countries of OECD agreed to base their environmental policies on a Polluter Pays Principle (PPP). Essentially an economic efficiency measure, PPP is intended to encourage industries to internalize environmental costs and reflect them in the prices of products" *(Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future,* Chapter 8, "Industry: Producing More With Less", disponible en *http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm*).

[51] JOHNSON, Paul M.: *A glossary of Political Economy Terms*, voz "Externality", disponible en *http://www.auburn.edu/~johnspm/gloss/externality*, en su texto original: "A situation in which the *private costs* or benefits to the producers or purchasers of a good or service differs

Estas son las ideas recogidas en el art. 16 de la Declaración de Río que vengo comentando. Llegados a este punto, surge clara la diferencia entre las dos cuestiones a las que me vengo refiriendo: el principio contaminador-pagador y la noción de "internalización" de los costos. El principio mencionado en primer término pone en cabeza de quien genere un daño al ambiente el deber de repararlo. En cambio, la noción de internalización apunta a que quien produce, importa, etc. bienes para que sean puestos en un mercado deba incorporar entre sus costos, por ejemplo, y en lo que al caso importa, el costo de la gestión de los residuos que esos bienes generen con su consumo. Este último sistema permite, por un lado, que la carga pese sobre quien está en condiciones de transar en un mercado el costo de cumplirla (v. gr. el productor, a diferencia del consumidor, puede elegir organizar la fabricación de determinado producto con materiales que tengan menor impacto ambiental que otros y, de esa manera, reducir el costo de la gestión de los desechos que generen); y, por el otro, que el consumidor, esto es, quien contamina al disponer del bien de que se trate, sea quien cargue, en los hechos, con el costo de la gestión de los residuos al pagar un precio que, se supone, contempla los costos que se debieron afrontar para poner el producto en el mercado; es decir, que el contaminador sea quien pague el daño producido por esa contaminación.

4. Retomando los planteos de la actora, comenzaré por abordar la primera de las cuestiones mencionadas en el punto 2: la vulneración del principio de legalidad.

4.1. Para afirmar que el dec. 760/08 crea un tributo, la parte actora comienza por señalar que el art. 9º de la ley 1854, cuya constitucionalidad, como lo señalé, no viene cuestionada, "…no crea la obligación tributaria, sino que la menciona como

---

from the total social costs or benefits entailed in its production and consumption. An externality exists whenever one individual's actions affect the well-being of another individual —whether for the better or for the worse— in ways that need not be paid for according to the existing definition of property rights in the society […] Externalities of either the 'positive' or the 'negative' sort create a problem for the effective functioning of the market to maximize the total *utility* of the society. The 'external' portions of the costs and benefits of producing a good will not be factored into its *supply* and *demand* functions because rational profit-maximizing buyers and sellers do not take into account costs and benefits they do not have to bear. Hence a portion of the costs or benefits will not be reflected in determining the market equilibrium prices and quantities of the good involved. The price of the good or service producing the externality will tend toward equality with the marginal personal cost to the producer and the marginal personal utility to the purchaser, rather than toward equality with the marginal social cost of production and the marginal social utility of consumption. Thus, normal market incentives for the buyer and seller to maximize their personal utilities will lead to the over —or under— production of the commodity in question from the point of view of society as a whole, not the socially optimal level of production. Goods involving a positive externality will be 'underproduced' from the point of view of society as a whole, while goods involving a negative externality will be 'overproduced' from the point of view of society as a whole".

pauta de obligación…" y "[d]eja para una ley especial la creación de este tributo" (fs. 41). Sustenta ello, principalmente, en dos datos que estima relevantes: *i)* en que la mencionada ley no fue aprobada por la mayoría requerida por el art. 81, inc. 9º, de la CCBA (fs. 39) y; *ii)* en que la ley no contemplaría los requisitos que, por aplicación del principio de legalidad, debe contener toda norma de la apuntada naturaleza, tales como: la definición cierta del hecho imponible, las alícuotas que serían aplicadas para definir el monto del "tributo", el método o sistema para determinar la base imponible, el órgano administrativo con competencia para recibir el pago, el tiempo en que éste debería efectuarse y los supuestos de exenciones, infracciones y sanciones (fs. 47). La conclusión postulada por AUREA no se desprende necesariamente de las premisas en que busca apoyo. Dicho en otras palabras, los datos mencionados por la accionante, aunque fuesen acertados, no resultan concluyentes a fin de definir si la ley creó la "contribución" que el decreto declaró reglamentar.

Más allá de la índole de la obligación reglamentada —que AUREA asume sería "tributaria" sin acreditar que sea la única opción para el obligado, y que el decreto cuestionado, siguiendo la denominación empleada por la ley 1854, denomina como "contribución"—, lo cierto es que para definir si ésta fue creada por la ley, o por el decreto, no cabe confiar por entero en la cantidad de votos con que fue aprobado el proyecto por el órgano legislativo, puesto que ese dato apunta a la validez de lo que se creó, no a lo que eso es. Ciertamente, AUREA postula la aplicación de la regla hermenéutica según la cual de dos interpretaciones se debe preferir la que torna válida la norma y descarta la que la pone en oposición con la norma superior. Pero, para que la regla funcione la alternativa que se adopte debe surgir del texto mientras que la que se descarta debe ser inequívocamente inválida. Ni lo uno ni lo otro son así, por razones anticipadas en el punto 3.2, 3.3 y 3.4.

4.2. Por su parte, el mencionado art. 9º de la ley 1854, transcripto *supra*, define: *i)* quiénes son los sujetos alcanzados por la "contribución", en el caso de que no opten por las obligaciones de hacer, a saber: el productor, el importador, el distribuidor, el intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de los productos que allí caracteriza; *ii)* cuál es la conducta relevante que hace nacer la obligación: poner en el mercado productos cuyo uso los convierta en residuos; *iii)* la finalidad de la obligación: en lo que ahora interesa, contribuir económicamente con los sistemas públicos de gestión de residuos, y; *iv)* la medida de la obligación: que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los residuos.

La descripción de los mencionados elementos alcanza para estimar que la ley definió suficientemente la obligación, y a cargo de quién la hizo pesar.

Ilustra también lo dicho, la circunstancia de que la ley dispone que el sujeto allí definido "…será obligado de acuerdo a los siguientes criterios" —uno de los cuales es el reglamentado por el dec. 760/08—, y no que "[p]odrá ser obligado de

acuerdo a los siguientes criterios", como originariamente preveía el proyecto.[52] Esta modificación, sucedida durante el debate del proyecto en la Legislatura, reafirma la conclusión arribada, en tanto señala la clara intención del órgano representativo de la voluntad del pueblo de fijar las vías concretas por las cuales se deberá cumplir con la finalidad perseguida por la ley, y no librar al dictado de una posterior norma esa definición.

Asimismo, una interpretación sistemática de la ley conduce al mismo resultado. No otro sentido tendría la norma en comentario a la luz del art. 15 de la ley, que impone una obligación subsidiaria para los supuestos en que no pudieran ser los envases, productos o embalajes en cuestión reutilizados, reciclados o comportados —este precepto establece que "[e]l productor, importador o distribuidor debe cargar con el costo de recolección y eliminación segura de aquellos envases, productos y embalajes que no puedan ser reutilizados, reciclados o comportados, por lo que se extiende su responsabilidad hasta la disposición final de los mismos conforme al art. 9º de la presente".

4.3. Sentado ello, no cabe sino concluir que la obligación de contribuir económicamente al sistema de gestión de residuos (sea cual fuese su naturaleza) nació con la ley 1854. Frente al texto de la ley, y a la interpretación de él a la luz de la más arriba recordada Declaración de Río de 1992, la cuantificación que queda deferida al PE consiste en una pura tarea instrumental carente de toda discrecionalidad política. En otras palabras, no excede la función reglamentaria. Vale aquí tener presente que la actora no cuestionó el cálculo sino que la competencia para hacerlo fuese del PE. También vale advertir que devolver la función de cuantificar el costo al PL resulta difícilmente practicable, pues aquél variará de tanto en tanto y por razones diversas. A su vez, quién mejor que el poder que realiza el gasto, y a quien el PL controla al examinar la ejecución presupuestaria con la colaboración de la Auditoría General, para establecer su *quantum.*

En cuanto al ámbito de aplicación de la norma, definido por el art. 1º del Anexo, cabe señalar que éste identifica a "todos los productos que con su uso se conviertan en residuos que se gestionen como desechos sólidos urbanos de origen domiciliario, comercial e industrial, puestos en el mercado en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sean cuales fueren los materiales utilizados", sin que AUREA haya invocado que los supuestos alcanzados en consecuencia difieran de aquellos definidos por la ley.

5. Tampoco puede prosperar el planteo dirigido a cuestionar la validez constitucional de los arts. 3.1 y 5.3 del Anexo del dec. 760, porque carece de un desarrollo mínimo.

[52] Véase versión taquigráfica, disponible en *www.legislatura.gov.ar*, 34º Sesión Ordinaria, del 24/11/2005.

En particular, AUREA sostiene que esas normas son inconstitucionales porque delegaron en el Ministerio de Ambiente y Espacio Público la facultad para establecer algunos de los elementos que hacen a la mencionada "contribución" (su monto y las condiciones, modalidades y plazos a que esté sujeto su pago).

Las razones apuntadas en el punto precedente (4.3) permiten solucionar lo relativo a la posibilidad de que el Ministerio de Ambiente y Espacio Público se vea investido de la tarea cuyo examen nos ocupa. Tratándose de una función reglamentaria, no de una inadmisible delegación de facultades estrictamente legislativas, estamos dentro del ámbito de competencias del Jefe de Gobierno; y, consecuentemente, no hay impedimento para que éste disponga delegar la cuantificación en el mencionado Ministerio. A su turno, la ley ha asumido esta línea interpretativa al investir, tal como señalé en el punto 3 de este pronunciamiento, diversas atribuciones en una "autoridad de aplicación" cuya identidad libra al PE, a condición de que represente el organismo de más alto nivel con competencia en materia ambiental (conf. el art. 48 de la ley 1854).

En tales condiciones, el planteo de la actora dirigido a cuestionar genéricamente el art. 2º del dec. 760/08 que aprobó el Anexo por intermedio del cual fue reglamentada la obligación impuesta por el art. 9º de la ley 1854 y, concretamente, el art. 1º del referido Anexo, debe ser rechazado, dado que, por lo dicho, no cabe concluir que la mencionada obligación fue creada por el Poder Ejecutivo.

A lo dicho, se agrega que AUREA no ha indicado norma constitucional alguna que le impida al PE asignar competencias a sus órganos. Tampoco ha demostrado que las atribuciones de competencias acordaras al mencionado Ministerio por medio de los arts. 3.1. y 5.3 excedan el margen que le brinda al Jefe de Gobierno el art. 104.9 CCBA de establecer la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia, en el contexto que, en ejercicio de atribuciones conferidas por el art. 80, incs. 1º y 5º, delineó el legislador por intermedio de la ley 1854.

En particular, sostiene que, en virtud de lo dispuesto en el mencionado art. 3.1, quedó en manos del Ministerio de Ambiente establecer el importe de la "contribución", empero no se ha hecho cargo, tal como señalé *supra*, de que ese importe fue fijado por el art. 9º de la ley 1854 al atar la cuantía de la "contribución" a los costos de gestión de los residuos (parámetro para cuantificar la "contribución" que, por lo demás, se halla en línea con lo dispuesto en el "principio 16" de la Declaración de Río de 1992). A su vez, AUREA no explica por qué sería, a su juicio, una facultad del PL establecer las condiciones, modalidades y plazos a que estará sujeto el pago de la "contribución", cuando constituye una facultad del Jefe de Gobierno la de "[r]ecaudar los impuestos, tasas y contribuciones y percibe los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad" (conf. el art. 104, inc. 25, de la CCBA).

La ausencia de argumentos dirigidos a tratar esas cuestiones torna improcedente el presente planteo, por infundado.

Con ello no vengo a emitir opinión acerca de la validez de las previsiones del dec. 760/08.

6. Por último, igual suerte debe seguir el agravio vinculado a la afectación del principio de capacidad contributiva. La parte actora se ha limitado a sostener que el art. 5.1 del Anexo del dec. 760/08 resulta violatorio del de ese principio, empero no ha explicado en qué consistiría esa violación.

7. No obstante lo dicho, cabe señalar que la técnica legislativa debería ser más depurada, habida cuenta de la clase de prestaciones cuya precisión queda en manos de la Administración.

Por una parte, cierto es que no ha quedado demostrado, con el carácter general que la índole de la acción requiere, la inexistencia de opciones en beneficio del obligado. A su turno, el art. 9º de la ley 1854 en el contexto que le brinda la Declaración de Río es una pauta la suficiencia de cuya precisión o su hipotético desborde no ha sido encarada en el debate. Estas circunstancias ponen a las normas cuyo examen nos ocupa al abrigo de la doctrina de la CSJN en el precedente "Selcro". En ese precedente la CSJN señaló, "…al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del art. 59 de la ley 25.237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución (conf. doctrina de *Fallos,* 148:430; 270:42; 310:2193, entre otros)" (conf. consid. 7º).

Por la otra, aun cuando es evidente que la variedad de los residuos y, consecuentemente, de las medidas adecuadas para darles destino y los costos de ellas, da ocasión a que el PL ponga en el PE la atribución de completar los detalles que hagan posible llevar a la práctica la decisión legislativa de que el generador del residuo internalice el costo de darle adecuado destino, no queda claro que no se puedan concebir mecanismos legislativos que constituyan pautas más afinadas para acotar la función del PE.

En suma, voto por rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por AUREA.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer término, debo recordar que al momento de pronunciarme a favor de la admisibilidad formal de la presente acción, al fundar mi voto (véanse fs. 70/78), dejé consignado, en líneas generales, que:

a) si bien la impugnación constitucional de la acción declarativa se orientaba sólo contra el dec. 760/08 y su anexo, resultaba claro que *la pretensión estaba dirigida, centralmente, a cuestionar los aspectos vinculados a la operatoria que pretendía imprimirse al régimen de la contribución económica a los sistemas públicos de gestión de residuos enunciados en la ley 1854*;

b) *la admisibilidad formal de la acción* se circunscribía *a la pretensión económica pública* esbozada, en tanto se contravendría el *principio de reserva de ley tributaria* al deferir (en términos de sub-

delegación, por la ley y luego por la reglamentación) a la autoridad de aplicación el establecimiento de diversos elementos estructurales —material, personal, espacial y temporal— faltantes, o insuficientemente definidos en la ley, así como, incluso, los cuantitativos, y

c) *obiter dicta,* entendía que no resultaba imprescindible un cuestionamiento que abarcara el art. 9º de la ley 1854, ya que de optar el Estado local por valerse de la contribución económica, pública y coactiva, insinuada en la regulación marco como alternativa, era menester diseñarla con perfiles más precisos y darle contenido —por ser el precepto legal insuficiente para tornarse operativo—, consumando, recién entonces, es decir al abastecer el precepto a través de normas que se invocan como reglamentarias y las que posteriormente se dictara por la autoridad de aplicación, el ejercicio inconstitucional de facultades que excedían las competencias del Departamento Ejecutivo, por pertenecer a una materia, la tributaria, regida por el principio de *reserva de ley*.

Es que, en el último aspecto referido, *la circunstancia fáctica* condicionante prevista por la ley como presupuesto de la obligación, esto es la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos —*componente material*—; los *sujetos obligados* individualizados como los productores, importadores, distribuidores e intermediarios o cualquier persona que coloque en el mercado los apuntados productos —*componente personal*— y la indicación de su *monto total* acotado a los importes necesarios que cubran los *costos atribuibles a la gestión de residuos —elemento cuantitativo—*, *se muestran insuficientes para tener por conformado un tributo vinculado*, ya que a nadie se le ocurriría sostener la suficiencia, por ejemplo, de una ley de tasa judicial que sancionara una contribución a cargo de los justiciables, por la prestación del servicio de justicia y por el importe de los costos que requiriera la atención del referido cometido público, al tiempo que delegara a la faz reglamentaria establecer los momentos de nacimiento de la obligación, la forma de pago, las bases económicas de cálculo para cada clase de proceso, los montos fijos o escalas tarifarias, las reducciones o minoraciones en la base o en los tipos e, incluso, las exclusiones y exenciones.

La situación indicada en el cierre del párrafo anterior ya se suscitó con un frustrado intento, realizado hace más de quince años, de reimplantar el *Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes en la Provincia de Buenos Aires*, mediante la Ley Provincial de Educación 11.612, publicada en el *Boletín Oficial* de la Provincia en enero de 1995. En ella, por el Capítulo IX, se constituyó un Fondo Provincial de Educación que se nutría, entre otros recursos, con un gravamen enunciado en uno de sus preceptos en el que literalmente podía leerse: "*Art. 130.* Establécese un impuesto a la transmisión gratuita de bienes cuyo objetivo sea gravar todo aumento de riqueza a título gratuito, incluyendo: herencias, legados, donaciones, renuncias de derechos, enajenaciones directas o por interpósita persona en favor de descendientes del transmitente o de su cónyuge, los aportes o transferencias a las sociedades.// Las escalas a aplicar serán progresivas en función de la cuantía de los

bienes transmitidos y el grado de parentesco entre el transmitente y el beneficiario. Dichas escalas, como asimismo las exenciones correspondientes serán especificadas en la reglamentación de la presente.// El total del monto recaudado resultante constituirá fuente de recursos del Fondo Provincial de Educación".

Dicha ley *entró en vigencia el 1º de febrero de 1995*, y a pesar de que por su art. 134 se disponía que el Poder Ejecutivo debía reglamentarla en el plazo de sesenta días a partir de dicha fecha, agregando que "en ausencia de reglamentación, los funcionarios competentes resolverán las situaciones sometidas a su consideración, atendiendo a la naturaleza de las mismas y conforme lo normado por la presente ley, cuyo contenido es operativo", la misma *nunca fue aplicada y menos aún reglamentada*, por cuanto en tal supuesto se habría convalidado una *delegación inconstitucional* que importaba validar una abdicación de las competencias de la Legislatura provincial. Por ello, transcurridos tres lustros, fue necesario una nueva intervención de dicho Departamento de Estado, sancionando la ley 14.044 el 23 de septiembre de 2009, para crear, efectivamente, el *Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes* de la jurisdicción local, norma aprobada conjuntamente con la Ley Impositiva para el Ejercicio 2010, manteniendo en un 80 % su destino para constituir fuente de recursos del Fondo Provincial de Educación pero, claro está, en este caso a través de una extensa, prolija y minuciosa regulación de todos los aspectos del gravamen (arts. 90 a 113 de la ley de creación).

Para un supuesto equivalente, esto es, la prestación patrimonial a favor de la Inspección General de Justicia retributiva de los servicios a cargo de dicho Organismo por la inscripción de los actos constitutivos de sociedades; de poderes, actos o documentos, y por otras prestaciones, como servicios anuales liquidados en relación al capital social de sus estatutos y de la cuenta ajuste de capital resultante de sus estados contables, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el párr. 2º del art. 59 de la ley 25.237 de Presupuesto de Gastos y Recursos correspondiente al Ejercicio 2000, por el cual se delegaba en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de establecer los valores del apuntado tributo, sobre cuya base se dictaron los decs. 360/95 y 67/96 y la decisión administrativa nº 55/00 de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En dicha oportunidad la prestación pública fue caracterizada como tasa, en los términos ya transitados en la causa: "Berkley International A.R.T. S.A. v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos —dec. 863/98"—*Fallos,* 323:3770—, sentencia del 21/11/2000, donde se la reconoció como *una categoría también derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia únicamente por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que en este caso consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado.* Se reafirmó, asimismo, la vigencia de los principios y preceptos constitucionales que prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, tasas y contribuciones. Se agregó que tratándose de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resultaba inválida la delegación legislativa para fijar valores o escalas a fin de determinar el importe de las tasas, sin

establecer al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución, en razón de que *no debe caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción, y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo* (los enunciados finales están contenidos literalmente en el considerando 8º de la sentencia).

Las conclusiones a que arribó el alto estrado se refuerzan, en lo pertinente, por el dictamen de la Procuración General de la Nación donde se señaló que resultaba inadmisible bajo el prisma constitucional que la ley no haya establecido la alícuota aplicable, lo cual es, por sí, suficiente para invalidar el gravamen atento a la falta de uno de los elementos esenciales de la obligación tributaria, todo ello con remisión al precedente *in re* "Famyl S.A. v. Nación Argentina" —*Fallos,* 323:2256—, sentencia del 29/8/2000.

2. Durante la realización de la audiencia prevista en el *art. 6º de la ley 402*, *la accionante reiteró* los fundamentos sobre los que sustentó la tacha de inconstitucionalidad contra el dec. 760/08 y su anexo, dictados ambos por el Ejecutivo local como pretendidamente reglamentarios del art. 9º de la ley 1854, *considerando infringido el principio de reserva de ley en materia tributaria,* y los arts. 102 y 103 de la Constitución local, en tanto el decreto de marras alteraría el espíritu de la norma, instituyendo, en realidad, un tributo no sancionado por ley.

También se mantuvo el *cuestionamiento por el destino que se le asigna a los materiales resultantes de la gestión de residuos*; *el beneficio general que se deriva del sistema público excediendo a los sujetos alcanzados por la contribución retributiva*, *argumentos* estos *que no cuentan con una adecuado respaldo de fundamentación* y que, por tanto, resultan inhábiles para sustentar agravios constitucionales, lo que me lleva a no abundar a su respecto, por conducir, tal cometido, a un resultado insustancial.

3. Delimitado así el objeto de la presente acción, me permito formular las siguientes consideraciones.

Más allá de que, como bien lo señala la señora jueza de trámite en su voto y lo pone de resalto el GCBA al contestar el traslado de la acción (conf. fs. 85/110), la accionante no ha solicitado se declare la inconstitucionalidad del art. 9º de la ley 1845, estimo necesario tratar de desentrañar si la contribución económica que aquí se cuestiona quedó configurada con la sanción de la ley, o si, por el contrario, ha venido a requerir el dictado del dec. 760/08 e, incluso, las reglamentaciones que sobre el particular pudiera emitir la autoridad de aplicación, todo ello vinculado con la naturaleza jurídica que cabe asignarle.

El mencionado precepto dispone: "*Art. 9º.* La reglamentación establecerá las pautas a que deberán someterse el productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, será obligado de acuerdo con los siguientes

criterios: *a)* Elaborar productos o utilizar envases que, por sus características de diseño, fabricación, comercialización o utilización, minimicen la generación de residuos y faciliten su reutilización, reciclado, valorización o permitan la eliminación menos perjudicial para la salud humana y el ambiente; *b)* Hacerse cargo directamente de la gestión de los residuos derivados de sus productos, o participar en un sistema organizado de gestión de dichos residuos o contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión de residuos en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos; *c)* Aceptar, en el supuesto de no aplicarse el apartado anterior, un sistema de depósito, devolución y retorno de los residuos derivados de sus productos, así como los propios productos fuera de uso, según el cual el usuario, al recibir el producto, dejará en depósito una cantidad monetaria que será recuperada con la devolución del envase o producto; *d)* Informar anualmente a la autoridad de aplicación de los residuos producidos en el proceso de fabricación y del resultado cualitativo y cuantitativo de las operaciones efectuadas".

Como puede observarse, dentro de la regulación legal, la *contribución económica,* cuya reglamentación aquí se controvierte, se constituye en *una de las alternativas previstas en los tres primeros incisos del art. 9º de la ley 1854* enderezadas, todas ellas a atender los problemas que plantea la gestión integral de los residuos sólidos urbanos que se generen en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Lo expuesto en vista a la consecución del objetivo que apunta a lograr el estándar de "Basura Cero".

Desde otra perspectiva, el dec. 760/08 y su anexo derogan y sustituyen un reglamento anterior y aspiran a dar operatividad al art. 9º de la ley 1854, ocupándose de definir el ámbito de aplicación, los sujetos obligados, la autoridad encargada del régimen, todo ello, focalizado en la *contribución económica al sistema público de gestión de residuos*. Adviértase que el *anexo del decreto* que contiene las especificaciones referidas, además de utilizar como criterio de vinculación el territorial —al aludir al mercado conformado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y enunciar los sujetos obligados —productores, importadores, distribuidores e intermediarios mayoristas y minoristas o responsables en general—, practicando una definición de los mismos, contiene, además, una subdelegación al designar como autoridad de aplicación al Ministerio de Ambiente y Espacio Público, al que se le adjudica la tarea de establecer el *monto de la contribución* y las *excepciones a su pago*, practicar las *determinaciones de oficio* y, en casos de incumplimiento, *emitir los certificados* para promover la consiguiente *ejecución de deuda fiscal*.

4. El Gobierno de la Ciudad al contestar la acción declarativa de inconstitucionalidad propició, preliminarmente, se declarara su improcedencia sobre la base de tres argumentos: *i)* la ausencia de individualización precisa por la actora de las normas de alcance general estimadas contrarias a la Constitución Nacional y a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desatendiendo, desde su perspectiva, la exigencia contemplada en el art. 19, inc. 2º, de la ley 402; *ii)* la inexistencia de una articulación de inconstitucionalidad concreta contra el art. 9º, inc. b), de la ley 1854, norma que contempló la *contribución económica* al sistema

público de gestión de residuos en medida tal que se cubran sus costos, basamento legal a partir del cual el dec. 760/08 "opta" (según lo postula la propia demandada) por la alternativa prevista en el inc. c) del artículo de referencia (véase fs. 88 vta.), y *iii)* la falta de legitimación de la Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA), por cuanto la misma no sería titular de un derecho pasible de tutela judicial.

Los dos primeros cuestionamientos no obstan a la procedencia de la acción por las razones que brindara la mayoría en la resolución de fecha 27 de mayo de 2009, en la cual se dio curso formal a la pretensión, aspectos sobre los cuales he vuelto en los puntos precedentes de este voto. En cuanto al último, también este aspecto fue resuelto al darse andamiento a la acción, atendiendo a que tal como ha sido diseñada esta vía de impugnación abstracta no es menester que el actor se encuentre afectado o sea sujeto pasivo de la norma. El alcance que el art. 18 de la ley 402 ha brindado a la legitimación ha sido particularmente amplio, permitiendo a toda persona física, jurídica, a la Defensoría del Pueblo y a los titulares de cada una de las tres ramas del Ministerio Público, reclamar la pérdida de vigencia del precepto general atacado y tal logro, de obtenerse una sentencia estimatoria del planteo, no modifica la situación jurídica presente o pasada de los referidos sujetos. Se trata, entonces, de la obtención de una decisión que no da respuesta a un "interés particular" —sino al general de preservar la constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico—, razón por la que pierde gravitación la inexistencia de idéntico "interés particular" para la legitimación del accionante, según lo pretende la demandada.

Por otro lado, la Procuración General de la Ciudad, al contestar la acción declarativa en subsidio, en una bien documentada presentación, señala que la *ley 1854* se basa en el *principio de desarrollo sustentable* a lograrse a través de la *protección del ambiente y del consumo responsable*. Agrega que el precepto legal recoge un conjunto de pautas, obligaciones y *responsabilidades para la gestión de los Residuos Sólidos Urbanos* que se generen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir del paradigma de "Basura Cero".

Para alcanzar los objetivos mediante la reducción progresiva de dichos residuos se apunta a una gestión integral que comprende la generación, disposición inicial selectiva, recolección diferenciada, transporte, tratamiento, transferencia, manejo y aprovechamiento a través del reciclado y la minimización de la generación.

A su vez, se remarca la importancia que en dicha política asumen los principios: *1.* Contaminador-pagador; *2.* Responsabilidad compartida *y 3.* Sustentabilidad.

Define que la *prestación económica* que aquí se controvierte encuentra como *fundamento* no ya la potestad tributaria normativa, sino la *responsabilidad originada en el daño que genera al medio ambiente la incorporación al mercado de material contaminante*, lo que da lugar al *pago de una obligación que el productor o importador, distribuidor, intermediario, etc. (deudores) deben realizar a favor*

de la Ciudad (acreedora) para que ésta absorba los costes que demande la gestión de los residuos originados por sus actividades y que se asientan en el *principio general del Derecho de no dañar a otro*.

En definitiva se echa mano argumental al principio ya receptado en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, *neminem laedere* —no se debe dañar a nadie—, que también ha tenido difusión expresado como *alterum non laedere* —no se debe dañar a otro— él ha sido acogido, de algún modo, en el *art. 1109* de nuestro *Cód. Civil*, pero recabando el *requisito de culpa o negligencia*.

5. Sobre los argumentos consignados en el punto precedente, entiendo que la fundamentación intentada, que se orienta a caracterizar a la *contribución pública* para la gestión de residuos de la Ciudad de Buenos Aires como una *carga económica fundada en principios generales del Derecho*, *resulta insuficiente para validar una prestación coactiva unilateralmente impuesta por el acreedor a través de reglamentos subalternos*, esto es un decreto del Departamento Ejecutivo y los actos de alcance general que pueda emitir la autoridad de aplicación.

Es que *toda prestación patrimonial pública* que no tenga base contractual y *que se reclame*, ya *a título de tributo* —género que no se agota en las especies tradicionales de impuesto, tasa, o contribución especial— *o de sanción* —v. gr. multas por conductas ilícitas reprochadas—, *debe tener por fuente* imprescindiblemente *la ley* emanada de los órganos representativos de la voluntad general —Congresos, Parlamentos, Cortes, Legislaturas, Asambleas Legislativas, etc.— a partir del multisecular principio de *reserva de ley* —como regla constitucional de formación en materia de fuentes—, que preside tanto el ámbito del Derecho Penal como el del Derecho Tributario.

Este cuestionamiento, referido a la jerarquía de la fuente de la cual debe emanar la norma que instituya la prestación pública patrimonial coactiva, no se desentiende de la necesidad de dar satisfacción a los altos objetivos tenidos en vista por la ley 1854, sino del procedimiento de creación y rango de los preceptos utilizados en el caso.

Más aún, con carácter general, el adecuado tratamiento de los residuos sólidos urbanos para posibilitar un desarrollo sustentable que tenga en vista la protección del ambiente y la financiación de los costes que de ello se derivan, no suscita la resolución de un problema diferente a otros que plantea la vida en sociedad como destino natural del hombre, puesto que éste ha sido definido, desde los primeros tiempos, por el pensamiento filosófico, como *zoon politikon*, o sea, un animal ciudadano, un animal cívico, social; lo que significa que su realización con paz y justicia sólo pueden alcanzarse socialmente, en relación con los demás, en la Ciudad, en la polis, o sea, políticamente.

La vida en sociedad requiere de una organización política para el ejercicio de la autoridad y para la mejor satisfacción de las necesidades comunes, lo que explica, a su vez, la necesidad de levantar una *contribución común* (la recaudación de los tributos) para atender a los gastos públicos, por la sencilla razón que "indudablemente no puede haber gobierno gratis, ni debe haberle por ser el más caro de los gobiernos...", como lo señalara entre nosotros Juan Bautista Alberdi (conf. *Sistema*

Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, tercera parte, capítulo III, parágrafo I, Del Mercurio de Santos Tornero y Ca., Valparaíso, Chile, 1854, o cualquiera de sus posteriores y múltiples ediciones).

Sobre la base del razonamiento sentado en el párrafo precedente se ha repetido, en términos simples, que "Los tributos son el precio que todos pagamos para vivir en una sociedad civilizada", superando el estadio histórico de las hordas y las cavernas.

En las condiciones antedichas, más allá de que *la responsabilidad ambiental* puede recomendar que quien incorpora al mercado productos generadores de residuos deba afrontar los costes de su tratamiento, ello, si así es decidido e instrumentado mediante una prestación patrimonial coactiva a favor del Estado —que no constituya sanción por hecho ilícito—, tal opción necesariamente deberá ser implementada a través de una ley en razón del principio de derecho recibido que reclama de la intervención necesaria del Poder Legislativo para crear obligaciones tributarias.

De igual manera, la consideración como nocivos para la salud de ciertos consumos, como el tabaco o las bebidas alcohólicas de alta graduación, si bien puede decidir al legislador a operar con una carga fiscal mucho más acentuada sobre tales productos que la que incide sobre otros bienes y comportamientos sociales por una finalidad extrafiscal disuasiva, ello no desnaturaliza, en tales cargas públicas, su carácter tributario, independientemente de que su recaudación ingrese a rentas generales o se les asigne una afectación específica a la salud pública para la atención médica, en particular por enfermedades derivadas de su consumo o ingesta.

6. Adviértase, desde otro ángulo, que el argumento de la *responsabilidad del agente económico que introduce productos en el mercado* no ha sido óbice para que puedan establecerse *tasas de inspección veterinaria* para evitar la generalización de epidemias entre los animales, o *tasas de control bromatológico* para fiscalizar la aptitud de los alimentos destinados al consumo humano, su composición, información nutricional y, en el caso de los perecederos, las respectivas fechas de vencimiento.

7. Tampoco explica la demandada cual es la razón en virtud de la cual *prestaciones patrimoniales coactivas* por el tratamiento público de los residuos, como la que aquí se debate, se fundamentarían a partir de la *responsabilidad originada en el daño que genera al medio ambiente la incorporación al mercado de material contaminante*, lo que las dotaría de una naturaleza jurídica no tributaria o de carga económica, mientras que, por otro lado, el Código Fiscal de la Ciudad —a partir de la ley 3393—, prevé, claro está que para otros supuestos de tratamiento público de residuos contemplados en el marco de la ley 1854, prestaciones caracterizadas como tributos, en su Título VI a través de: "Gravámenes ambientales", al instituir, por el Capítulo I, un "Impuesto a la generación de residuos sólidos urbanos húmedos no reciclables" (arts. 274 a 277) y, en el Capítulo II, otro "Impuesto a la generación

de residuos áridos y afines" (arts. 278 a 283), —con su correlación en los arts. 122 y 123 de la ley 3394, Tarifaria para el año 2010, respectivamente.

A ello se suma el hecho de que tradicionalmente el tema de los residuos domiciliarios, como el resultante de la necesidad de aseo de calles y veredas en vista a la higiene y a la conservación de las condiciones de salubridad, se haya basado en una fuente de financiamiento tradicional distinta de la que aquí se propone, la cual, además de haber sido utilizada inveteradamente en el ámbito local, hoy constituye uno de los más importantes recursos hacendísticos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, el Código Fiscal vigente (t.o. 2010) contempla como tributos, en su título III, las Contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos o Aceras, de pago anual, de acuerdo a la valuación fiscal asignada al efecto a los inmuebles, y con las alícuotas básicas y adicionales que fijan la Ley Tarifaria anual, donde, específicamente, adquieren significación, dentro de este colectivo de gravámenes, las *contribuciones de barrido y limpieza y sus adicionales* que recaen sobre los titulares de dominio, los usufructuarios y poseedores a título de dueño de tales bienes ubicados en esta Ciudad (art. 219).

Valga añadir que de acuerdo a la Ley Tarifaria para el año 2010 —ley 3394—, anexo 1, art. 1º, primer párrafo, se establece para la *contribución de alumbrado, barrido y limpieza* que su monto será el resultante de la aplicación sobre el avalúo oficial atribuido a los inmuebles de la alícuota del 5,50/00, mientras que, en el segundo párrafo, se fija en el 0,120/00 una alícuota adicional correspondiente al servicio de mantenimiento y limpieza de sumideros.

Nadie duda de que las tradicionales *contribuciones de barrido y limpieza* —que se aplican concurrentemente con la Contribución de Alumbrado, al menos en el ámbito de nuestra Ciudad—, que están enderezadas a financiar la higiene y recolección de residuos, *revisten naturaleza tributaria*, alineándose la mayor parte de la doctrina vernácula en caracterizarlas *como tasas*, mientras que algunos autores, como Dino Jarach, han defendido el ubicarlas por su naturaleza entre las *contribuciones especiales*, al entender que el servicio público genera también beneficios especiales para quienes son titulares de los inmuebles, más allá de los generales difusos que se proyectan sobre el resto de la comunidad (conf. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 1ª reimpresión de la primera edición, parte IV, capítulo 1º, parágrafo 7: "Contribuciones especiales", subparágrafo: "Concepto", Cangallo, Buenos Aires, 1985, pp. 241 y ss., en particular p. 242).

Respecto de las *contribuciones de barrido y limpieza*, valga añadir que en nada empece a su procedencia el hecho de que una propiedad no genere *residuos domiciliarios*, al punto que no existe dispensa alguna en el Código Fiscal para propiedades desocupadas, y que, consiguientemente, en principio, no son generadoras de la necesaria prestación del servicio público estatal *uti singuli* que se retribuye con la tasa, lo que se explica en tanto el servicio es de demanda presunta y coactiva en el tributo, bastando que el mismo esté disponible para el contribuyente.

Sirvan los tres ejemplos de tributos locales brindados para demostrar que los recursos necesarios para atender los procedimientos y servicios dirigidos a resolver

el problema de el tratamiento de los residuos, la preservación de las condiciones de salubridad y el cuidado del medio ambiente, en tanto se financien a través de prestaciones públicas coactivas, han dado lugar a la caracterización de diversos tributos, atendiendo a la naturaleza que fundamenta la obligación de pago por los sujetos definidos como deudores. Ello, en mi concepto, no tiene por qué variar, al concebirse una carga económica pública coactiva, desde otra impronta, en el origen del problema, esto es en la introducción al mercado de los productos.

8. En la audiencia pública, celebrada el 28 de abril de 2010, el señor fiscal general adjunto doctor Rubén Antonio Pereyra, ensayó una nueva argumentación basada en que a los sujetos alcanzados por la contribución económica a los sistemas públicos de gestión de residuos, se les abría la posibilidad de liberarse de la carga, desplazándola, neutralizándola, u obteniendo su exención, en la medida en que sus potenciales deudores transitaran caminos alternativos y opcionales a saber: *i)* por la elaboración de productos o utilización de envases que *minimicen la generación de residuos y faciliten su reutilización*, etc.; *ii)* al *hacerse cargo directamente, de la gestión de los residuos* derivados de sus productos; *iii)* al *participar de otro sistema* organizado de gestión de dichos residuos, o *iv)* de *aceptar un mecanismo de depósito, devolución y retorno de residuos* derivados de sus productos, así como de los propios productos fuera de uso, según el cual el usuario, al recibir el producto, dejará depositada una cantidad monetaria a ser recuperada con la devolución del envase o producto. Así entonces, de optar por alguno de estos supuestos, desaparecería la obligación de afrontar la prestación económica pública.

El interrogante que queda por responder, abordada la cuestión desde este ángulo, y que sellará la suerte de la acción declarativa de inconstitucionalidad, es si la *contribución de marras* se encuadra dentro de la categoría de los *precios públicos* o *tarifas públicas* —al tener su fuente en una relación voluntaria, aunque presunta, entre la Ciudad y los sujetos alcanzados por ella, de base esencialmente contractual y sinalagmática—; o si estamos en presencia de un *tributo vinculado*, en tanto la prestación pública responde a una demanda presunta y coactiva —*tasa*, *contribución especial, o tributo atípico o innominado* (conf. para este último supuesto la doctrina de la CSJN en la causa: "Alberto Francisco Jaime Ventura y Otra v. Banco Central de la República Argentina", *Fallos,* 294:152, sentencia del 26/2/1976)—. Ello así, por cuanto los diversos aspectos de su *presupuesto de hecho* o *hipótesis de incidencia* —tanto el material, personal, espacial y temporal como *los cuantitativos* (base de cálculo, tipos y tarifas)—, *no han venido íntegramente definidos por ley formal*, como lo demandaría el multisecular *principio de reserva de ley* de tratarse de un tributo.

Tengo para mí que las alternativas que se ofrecen a los responsables para sustraerse de pagar la contribución pública, ya sea por estar insuficientemente desarrolladas en sus requisitos y consecuencias o por constituir opciones tan solo aparentes o de difícil o imposible cumplimiento, se exhiben como irrelevantes para descartar la idea de que se esté en presencia de un tributo y que el pago de la contribución económica pública se pueda presumir consentido por los responsables

caracterizados como deudores o sujetos pasivos. Es que, en las condiciones expuestas, en los hechos, el pago que deben afrontar los obligados ante la prestación del servicio público no puede encuadrarse como el pago voluntario de un precio por una actividad cumplida por el Estado libremente requerida.

9. Corresponde a esta altura caracterizar, al menos preliminarmente, qué se entiende por tasa. En tal sentido, nuestra doctrina ha entendido que ella constituye una especie del género tributo, se inspira en el principio contraprestativo y su hecho generador viene constituido por la prestación de un servicio público divisible —*uti singuli*—, personalizado en el contribuyente, con lo cual su recaudación global debe guardar una razonable equivalencia con el costo total de la actividad pública desplegada.

Sobre estas bases, nuestro más Alto Tribunal ha adoptado las siguientes definiciones:

a) Las tasas reconocen naturaleza tributaria y, consiguientemente, deben ser instituidas y modificadas por ley (conf. "'La Martona' S.A. v. Provincia de Buenos Aires sobre repetición de una suma de dinero", *Fallos,* 182:411, sentencia del 7/12/1938 y "Berkley International A.R.T. S.A. v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos —dec. 863/98", *Fallos,* 323:3770, sentencia del 21/11/2000).

b) Se deriva del poder de autoridad del Estado: Ello así, en cuanto no nace de una relación contractual entre el Fisco y los contribuyentes, sino que se sustenta en un vínculo de derecho público sin acuerdo alguno de voluntades, fruto del ejercicio del poder tributario, por lo cual no se está en presencia de una obligación que emerja de la voluntad de las partes, sino que su fuerza compulsoria para el cobro es el resultado de un acto de gobierno y potestad pública. Así, la Corte Suprema ha establecido *in re* "S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata v. Nación Argentina", *Fallos,* 251:50, sentencia del 11/10/1961, que la sola circunstancia de que el contribuyente carezca de interés en el servicio estatal no basta para eximirlo del pago de la tasa respectiva. A su vez, en la causa: "Municipalidad de San Lorenzo v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", *Fallos,* 251:222, sentencia del 8/11/1961, ha dejado señalado que el pago de una tasa constituye una obligación impuesta por la solidaridad con la existencia misma del servicio estatal, incluso por parte de quienes no lo aprovechan rigurosamente, carecen de interés en recibirlo, o se han resistido a su prestación.

c) Es menester la existencia de una relación directa entre la exigencia de la tasa y un servicio efectivamente prestado: En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que al cobro de la tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (causas: "Cándida de Gregorio viuda de Cipriano y otros", *Fallos,* 236:22, sentencia del 3/10/1956, "Compañía Química S.A. v. Municipalidad de Tucumán", sentencia del 5/9/1989 —considerando 7º—, o

"Massalin Particulares S.A. c/Tierra del Fuego, provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Fallos,* 329:792, sentencia del 21/3/2006 —considerando 6º *in fine*—).También es necesario tener en cuenta que la tasa procede aun cuando el sujeto destinatario del servicio o la actividad pública en él personalizada carezca de interés en ser receptor del mismo, lo resista o lo supla por otras prestaciones de carácter privado, extremos que, en ningún caso, lo eximirán del pago de la obligación tributaria. Más recientemente el Tribunal cimero se pronunció en la causa "Laboratorios Raffo S.A. c/Municipalidad de Córdoba", *Fallos,* 332:1503, sentencia del 23/6/2009, reafirmando que la distinción entre las especies tributarias tasas e impuestos no era meramente académica y radicaba en la existencia o no del desarrollo de una actividad estatal atinente al obligado, lo que se conectaba con las obligaciones instituidas en la Ley de Coparticipación que excluía a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados de la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos.

Sobre la base de las antedichas notas características de la tasa, todo permitiría suponer que si la contribución económica pública que aquí se debate fuera un tributo, ella debería radicarse en la apuntada especie.

10. Sentadas las ideas precedentes, valga recordar algunas de las conclusiones a que se arribara en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario —uno de los foros más calificados de la doctrina de la especialidad en estas latitudes—, en su XV edición, que tuviera lugar en la Ciudad de Caracas, República de Venezuela, en el año 1991, con motivo del tratamiento del Tema I: Tasas y Precios. Allí se dejó sentado: "*1.* La correcta delimitación de los caracteres definitorios de la tasa y del precio desde el punto de vista jurídico tiene gran trascendencia, a fin de distinguir lo más claramente posible estos ingresos entre sí, así como también de otros ingresos como el impuesto y la contribución especial…// En todos los países es preciso distinguir la tasa del precio…, dado el diferente régimen jurídico a que cada uno de ellos está sujeto.// Particular importancia adquiere la distinción entre el precio y los ingresos tributarios por la circunstancia de que estos últimos están sujetos al principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria, en tanto el primero puede —en principio— ser fijado por la Administración. Esta distinción también es de suma importancia porque no resulta jurídicamente admisible que se otorguen a la Administración, en el caso del precio, las facultades especiales que el derecho positivo le pueda conceder en el caso de los créditos de naturaleza tributaria. Todo intento de confundir tasa y precio con regímenes legales híbridos o atípicos debe ser entendido como un mecanismo para eludir las garantías individuales del contribuyente.// *2.* El elemento de distinción fundamental del precio con la tasa —así como con las otras especies tributarias— es la fuente jurídica de la obligación, que en el caso del precio es el acuerdo de voluntades entre el Estado y el particular y en el caso de los tributos la voluntad unilateral y coactiva de la ley...// *3.* La tasa como especie del género tributo se encuentra sometida al principio de legalidad, debiendo

contener la ley de su creación una descripción clara y precisa de la actividad que genera la obligación de pago, con indicación del sujeto pasivo y los elementos cuantificantes del tributo.// *4.* La percepción de una ventaja o beneficio por parte del contribuyente no constituye un elemento esencial caracterizante de la tasa. Por el contrario, la consideración de la ventaja o beneficio que reporta la prestación del Estado es un elemento esencial del precio, dada su naturaleza contraprestativa.// *5.* La demanda o solicitud del contribuyente para que la actividad estatal se ponga en funcionamiento a su respecto, tampoco constituye un elemento esencial caracterizante de la tasa.// Por el contrario, en el caso del precio siempre se requiere que el obligado a su pago demande o solicite el funcionamiento del servicio estatal para que se concrete una prestación específica a su respecto.// *6.* Tanto en el caso de la tasa como del precio es de la esencia del correspondiente ingreso que la actividad estatal sea divisible en unidades de uso o consumo a fin de que pueda concretarse una prestación específica respecto del obligado al pago.// *7.* Es de la esencia de la tasa que el servicio estatal que constituye su presupuesto de hecho sea prestado efectivamente por la Administración al contribuyente, aun cuando éste se resista a recibirlo...// La prestación efectiva del servicio estatal es también condición esencial de la existencia del precio…" (conf. Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario —I.L.A.D.T.—: *Estatutos - Resoluciones de las Jornadas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pp. 113 y ss.).

11. La contribución económica que aquí se cuestiona:

a) no se despliega como consecuencia de una actividad pública justificante requerida por el obligado, por lo cual corresponde descartar que se esté en presencia de un precio público o una tarifa;

b) no puede presumirse la existencia de consentimiento o aquiescencia presunta de parte del obligado sobre la base de que el contribuyente no ha optado por ninguna de las alternativas que le brindaría la ley, ya que si se estableciera una tasa por los kilómetros circulados por los automóviles dentro del ejido de una ciudad, circulación detectada a partir de sensores ubicados en distintos puntos estratégicos que receptan el código de barras que deberían llevar los rodados, no podría argumentarse que su pago es voluntario ya que los contribuyentes tuvieron la opción de desplazarse dentro de igual ámbito en helicóptero;

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de una patente a los médicos, establecida por la ley de la provincia de San Juan de fecha 30 de diciembre de 1926, enderezada a que éstos, para eximirse del tributo (conf. a su art. 59, inc. 10), prestaran servicios gratuitos en la Administración Sanitaria y asistencia pública de la apuntada jurisdicción local que, a la sombra de una facultad impositiva, había ejercido apremios pecuniarios sobre dicho cuerpo profesional para *hacer*, en la intención del gobierno, *de la medicina un ministerio sagrado, un verdadero sacerdocio, mediante la prestación de servicios gratuitos inspirados en una presunta obligación de humanidad*

ligada al culto de virtudes superiores, por cuanto, por tal vía, se afectaba el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, a la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas y a la inviolabilidad de la propiedad —tutelados por los arts. 14, 16 y 17 de nuestra Carta Magna— (CSJN, *in re* "Don Raúl Rizzotti contra la Provincia de San Juan, por repetición de impuesto", *Fallos,* 150:419, sentencia del 30/3/1928). Así entonces, el Tribunal cimero, en el apuntado precedente, reprodujo los conceptos ya vertidos en un pronunciamiento anterior en el que señalara que *el loable empeño de combatir… los males más abominables que pueda sufrir una colectividad, no autoriza, sin embargo, el quebrantamiento de principios orgánicos y de leyes fundamentales del país, y menos si la trasgresión emana de los poderes del Estado, y cuando se arbitran en nombre del bien público panaceas económico-financieras elaboradas al margen de las instituciones…* (CSJN, causa: "Don Aquiles Galleti contra la Provincia de San Juan, por devolución de dinero", *Fallos,* 148:65, sentencia del 20/12/1926);

c) la cuantificación de la contribución económica pública no ha sido precisada en la ley y, en servicios *uti singuli* como las tasas, si bien se requiere de una razonable equivalencia entre el monto total recaudado y el costo también total del servicio —computando los directos o indirectos— la distribución entre el universo de los obligados puede realizarse teniendo en cuenta, no ya el costo de prestación singular a cada uno de ellos, sino su potencialidad económica o capacidad contributiva, validándose, entre otras, las siguientes alternativas: *i)* en proporción al capital, para el cobro de la tasa de inspección anual de sociedades con personería jurídica (CSJN, causa: "S.A. Bodegas y Viñedos Graffigna Ltda. v. Provincia de San Juan", *Fallos,* 201:545, sentencia del 18/5/1945; *ii)* valuación del inmueble, para el cobro de alumbrado público, barrido, riego, extracción de basuras y conservación de calles (CSJN, *in re* "Banco Nación Argentina v. Municipalidad de San Rafael", *Fallos,* 234:663, sentencia del 18/5/1956); *iii)* ingresos brutos, para el cobro de las tasas de inscripción, inspección, contralor, seguridad, higiene y asistencia social (CSJN, causas: "SAI y C Sniaffa v. Municipalidad de Berazategui", *Fallos,* 277:218, sentencia del 15/6/1970, y "S.A. Compañía Platense de Industria y Comercio Coplinco v. Municipalidad de Lanús", *Fallos,* 277:184, sentencia del 7/11/1973); *iv)* monto del pleito o interés jurídicamente comprometido (CSJN, causas: "Don Bernardo Bedacarratz, su sucesión, sobre devolución de sellado", *Fallos,* 170:131, sentencia del 7/2/1934, y "Provincia de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur v. Nación Argentina", *Fallos,* 321:1888, sentencia del 7/7/1998), aspecto sobre el cual la ley 1854 carece de toda definición al respecto, cuando podía haber aportado precisiones con baremos tales como volumen o peso de los productos, naturaleza biodegradable o no de

los envases, carácter contaminante de los insumos, monto de facturación u otros;

d) hay, cuanto menos, otras tres contribuciones públicas coactivas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con importantes rasgos de analogía con las que aquí nos ocupa, caracterizadas por el legislador como tributos;

e) el Estado para cuantificar sus créditos ordinarios no se vale de la *determinación de oficio*, salvo en materia tributaria, y no emite *certificados de deuda*, al tiempo que para cobrarlas no dispone del procedimiento de la *ejecución fiscal*;

f) los términos utilizados en el anexo del dec. 760/08 se valen de una terminología inequívocamente tributaria y ello ocurre cuando se alude a *contribución* en el numeral 3: "Autoridad de aplicación", apart. 1: "Establecer el monto de la contribución", apart. 2: "Establecer excepciones al pago de la contribución", apart. 3: "*Determinar de oficio*, en casos de incumplimiento de la obligación, de información o falta de pago de *la contribución*, el monto de la deuda y emitir el certificado de ejecución de deuda fiscal"; en el numeral 4: "Contribución Económica al Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR—", en su único apartado: "*El productor*, importador, distribuidor, intermediario *o cualquier otra persona responsable* de la puesta en el mercado de los productos que con su uso inicial, parcial o total, se conviertan en residuos, *deberá efectuar periódicamente una contribución económica* al Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR— en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos"; en el numeral 5: "Financiación del Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR—", apart. 5.1.: "El Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR— *se financiará mediante la contribución* por parte del productor como importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, de una cantidad dineraria por cada producto puesto en el mercado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establecida por la Autoridad de Aplicación en función de los diferentes tipos de productos teniendo en cuenta la composición y los materiales utilizados, su impacto ambiental y el costo de su tratamiento y disposición final, según la normativa vigente", apart. 5.2.: "*La contribución* realizada por los sujetos obligados será administrada y controlada exclusivamente por la Autoridad de Aplicación y *los fondos serán destinados a cumplir los objetivos de la ley 1854*", y apart. 5.3.: "*El pago de la contribución estará sujeto a las condiciones*, modalidades y plazos *que establezca la Autoridad de Aplicación* y el mismo deberá efectuarse a través del depósito en la cuenta especial que se abrirá a tal fin a cargo de la Dirección General de Tesorería dependiente del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (el énfasis en bastardilla ha sido añadido).

Desde el punto de vista de la Constitución Argentina, si bien la terminología empleada no es totalmente homogénea, el vocablo más utilizado para referirse a "tributos" es "contribución". Así, la referencia a *contribuciones* la encontramos en los siguientes preceptos: art. 4º relativo a los fondos del Tesoro con que se provee a los gastos del Gobierno federal, cuando dentro del inventario se incluyen *las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General*; art. 17, verdadera ciudadela defensiva del derecho de propiedad, en tanto allí se prescribe: *Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º*; art. 20, al consagrar los más amplios derechos civiles para los extranjeros en el territorio de la Nación, agregando: *No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias*; art. 52, al disponer que: *A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de leyes sobre contribuciones y...*; art. 75, inc. 2º, primer párrafo, primer enunciado, al fijar como competencia del Congreso: *Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias"*; igual artículo, inciso y párrafo, segundo enunciado, al establecer también como atribución del órgano legislativo: *Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado...*; igual artículo, inciso y párrafo, tercer enunciado, al consagrar: *Las contribuciones previstas en este inciso... son coparticipables*; e igual artículo e inciso, segundo párrafo, al prescribir: *Una ley convenio... instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones...* (el destacado ha sido añadido).

También la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se vale de la voz "contribuciones", ya en su sentido genérico de "tributo", ya en su acepción específica de "contribuciones especiales", tal como queda evidenciado en los arts. 9º, incs. 3º y 6º (recursos de la Ciudad), 104 inc. 25 (atribuciones del Jefe de Gobierno), y art. 128 inc. 2º (como exclusión de competencia de las comunas).

Por lo demás, los resultados son equivalentes si nos enfocamos en la tradicional clasificación tripartita de los tributos —seguida, entre otros, por el Modelo de Código Tributario para América Latina, elaborado en el año 1967 en el marco del Programa de Tributación Conjunta OEA/BID— que distingue entre impuestos, tasas y "contribuciones especiales" en el cual esta última categoría está reservada para aquellos tributos que tienen como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades fiscales.

Sentadas las premisas precedentes, cabe apuntar aquí que las palabras empleadas por la Constitución deben ser entendidas en un sentido general y común, y es así como se ha visto que la voz "contribuciones" se ha vinculado necesariamente, desde siempre, con la idea de tributo, sobre todo en las constituciones decimonónicas, en las cuales el levantamiento de las cargas públicas se basaba en un *contenido implícito del contrato social*, presumiendo aquiescencia con la necesidad de sufragar con una contribución común los gastos que resultaban de la vida colectiva bajo una autoridad.

12. En las condiciones descriptas, se advierte que, además de la contribución debatida en el *sub examine,* hoy se comprueba la existencia de un sinnúmero

de contribuciones públicas coactivas que más allá de las dificultades que pueda suscitar su encuadramiento dentro de las tres especies clásicas de tributo, resultan subsumibles en tal categoría, sirviendo como ejemplo: *a) el peaje* (CSJN, causa: "Nación Argentina v. Arenera El Libertador S.R.L.", *Fallos,* 313:595, sentencia del 18/6/1991); *b) los monopolios fiscales* (conf. Calvo Ortega, Rafael: *Los monopolios fiscales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995); *c) la emisión monetaria*, en cuanto actúe como un verdadero impuesto sobre los activos monetarios al depreciar su valor; *d) los empréstitos forzosos o ahorro obligatorio* (CSJN, *in re* "Pablo Horvath v. Nación Argentina", *Fallos,* 318:676, sentencia del 4/5/1995, en los términos del voto de la mayoría); *e) los impuestos solapados*, como el resultante de la prestación patrimonial derivada de la Circular CR 539 del BCRA, en tanto se pretendía imponer a quienes habían adquirido pasajes al exterior, el pago de diferencias cambiarias al tiempo de la efectiva utilización del billete, actuando como un tributo atípico en infracción al principio de reserva de ley (CSJN, causa: "Alberto Francisco Jaime Ventura y otra v. Banco Central de la República Argentina", ya citada en este voto, sentencia del 26/2/1976).

La coactividad a través de la ley, es la primera nota distintiva del concepto constitucional de tributo y, a su vez, la tasa —como la que aquí se controvierte— es aquel tributo cuyo hecho imponible consiste en la realización de una actividad por la Administración que se refiere, afecta o beneficia, al sujeto pasivo (conf. García Novoa, César: *El concepto de tributo*, Tax Editor S.A., Lima, 2009). Especie esta última a la que se asemeja la prestación pública coactiva que aquí se debate.

En las condiciones expuestas, corresponde, por los fundamentos antecedentemente desarrollados, rechazar la excepción de falta de legitimación interpuesta por la demandada y declarar la inconstitucionalidad de los contenidos del anexo del dec. 760/08 que se dice reglamentario del art. 9º de la ley 1854, en cuanto aspira a dar operatividad a la Contribución económica al Sistema Público de Gestión de Residuos —SPGR—, por infringir el *principio de reserva de ley en materia tributaria* (arts. 4º, 17, 75 inc. 2º de la C.N. y arts. 51 y 80, inc. 2º y 81, inc. 9º, de la CCBA), con pérdida de vigencia del contenido del apart. 3 numerales 1, 2 y 3, del apart. 4 y del apart. 5, numerales 5.1., 5.2. y 5.3., haciendo saber lo resuelto a la Legislatura de la Ciudad por haberse afectado sus competencias.

Las costas deberán ser satisfechas en el orden causado, atento a lo dispuesto en el art. 25 de la ley 402.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría, concordantemente con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada a fs. 35/50 por la Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA).

2º. *Imponer* las costas por el orden causado (art. 25, ley 402).

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

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás - Inés M. Weinberg de Roca.*

CCXXXIII

"BOTTONI, JULIO HERIBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/BOTTONI, JULIO H. S/EJ. FISCAL —RADICACIÓN DE VEHÍCULOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. JUICIO EJECUTIVO: Excepción de pago. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: Sentencia equiparable a definitiva. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y de prueba. Derecho común. Distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias. Poder delegado al Gobierno federal. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho público local. PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA LOCAL: Plazo. DERECHO DE PROPIEDAD: Ley tributaria. Aplicación del Código Civil. Poder tributario local. Autonomía provincial.

SUMARIOS:

1. No es definitiva la sentencia en cuanto decide la improcedencia de la excepción de pago, porque el ejecutado puede llevar la defensa a la vía ordinaria sin que la ejecución ordenada obste a su pretensión de ningún modo, por lo que el recurso de inconstitucionalidad resulta inadmisible en lo referido al rechazo de la defensa de pago. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El planteo de inconstitucionalidad promovido por el ejecutado para fundar la defensa de prescripción es una cuestión de derecho, de modo que el fallo recurrido implicó el pleno debate, examen y solución de dicha cuestión, a pesar de las limitaciones impuestas al conocimiento judicial por el carácter acotado del juicio de apremio, y el rechazo de la defensa de prescripción tiene carácter de definitivo siendo susceptible del recurso de inconstitucionalidad intentado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El pago no puede inferirse del hecho de la transferencia del dominio del rodado y de su radicación en una jurisdicción distinta a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que los argumentos vertidos, en particular, los relativos al Convenio de Complementación de Servicios celebrado entre la Dirección Nacional del Registro Nacional de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios y la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires, sólo abonarían, de verificarse que ha habido una falta efectiva del servicio, una acción de responsabilidad del Estado

por vía de la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil, desde que el pago debió acreditarse con los comprobantes respectivos o con una constancia de libre deuda emitida por el acreedor. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La posibilidad de suspensión de la prescripción de los poderes y acciones del Fisco para determinar impuestos e impulsar su cobro es una materia reservada a los poderes locales y a su derecho público y, por tanto, ajena, a las regulaciones del Código Civil, lo que conduce a que no se proyecten sobre la rama fiscal las disposiciones de los Códigos de fondo respecto de los cuales se ha consagrado el principio de unidad de legislación por el art. 75, inc. 12 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Se agrega copia de la sentencia dictada en el expte. nº 2192/03, "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)", del 17/11/2003, como parte integrante del voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. La Ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el art. 75, inc. 2°, de la C.N. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Aun cuando se intentara adoptar una postura restrictiva de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, ella no encontraría sustento ni siquiera en la ley 24.588 que reconoce expresamente el ejercicio por los órganos del gobierno local de las facultades tributarias a las que alude, dentro de las cuales es lógico que la normativa local pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La prescripción liberatoria extingue la acción del acreedor —a diferencia de la caducidad, que extingue el derecho— en virtud de su inactividad por el lapso fijado en la ley, siendo una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere [conf. art. 3949 del Cód. Civil]; y su fundamento se encuentra en la seguridad jurídica que se deriva del hecho de que el deudor de una obligación no esté expuesto, *sine die*, a la acción del acreedor sobre su patrimonio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La regulación de la prescripción liberatoria por el Código Civil está destinada a proyectarse sobre aspectos relativos a los efectos adjetivos de las relaciones sustantivas que ese cuerpo normativo contempla. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si tenemos en cuenta que las provincias no han delegado en el Gobierno federal el dictado de los códigos de procedimientos, parece razonable pensar que el legislador federal, al dictar las normas que constituyen la legislación común de la

República, ha querido asegurarse —con criterio debatible desde el punto de vista constitucional— cierta homogeneidad en algún aspecto atinente a tal regulación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Toda vez que esa regulación de la legislación común constituye un avance sobre las facultades inherentes a los Estados que integran el sistema federal, debe considerársela limitada a las relaciones jurídicas establecidas con base en los cuerpos normativos mencionados en el art. 75, inc. 12 de la C.N., aun cuando se parta de una relación jurídica de derecho público —v. gr. cuando se demanda un Estado provincial por daños y perjuicios derivados de una relación de derecho público—, pero es claro que no puede admitirse su aplicación en materias cuya regulación no ha sido delegada en el Gobierno federal, como es la tributaria local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Es importante destacar que, cuando en el art. 75, inc. 12 la C.N. establece que es atribución del Congreso nacional la de "Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados...", se agrega "...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales..." —el destacado está ausente en el original—; expresión que no deja lugar a dudas respecto de los alcances de las disposiciones contenidas en la legislación común y que permite afirmar que, desde el punto de vista del diseño constitucional argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en el precepto citado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Ante un supuesto de vacío legislativo podrían aplicarse supletoriamente los plazos de prescripción contemplados en el Código Civil, que regulan las relaciones entre acreedores y deudores en el ámbito del derecho privado, y no las que se originan entre el Estado y sus gobernados cuando aquél obra como poder público en ejercicio de su soberanía e imperio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. En materia de tributos, la regulación de la prescripción no parece que pueda escindirse del sistema de recaudación tributaria, dado el tipo de obligaciones de que se trata, directamente implicadas en el sostenimiento básico del Estado, sus funciones y el cumplimiento de sus deberes (v. gr.: art. 2.1, PIDESC). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. La prescripción liberatoria disminuye la incertidumbre del sistema jurídico, fija con certeza el tiempo en el que puede ser reclamado el cumplimiento de la obligación, luego del cual, el supuesto deudor puede oponerla como defensa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. No guarda coherencia, y contraría lo preceptuado por los artículos comprendidos en el título segundo de la segunda parte de la C.N., que se reconozca a una unidad federal autónoma el derecho a darse sus propias instituciones y a regirse por ellas (v. gr.: el sistema tributario local) y simultáneamente se someta a regulación externa (federal) una pieza clave de esas mismas instituciones (v. gr.: la prescripción en el régimen tributario local). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. Los Estados locales son los que deben decidir en qué plazos y bajo qué circunstancias prescribe una obligación tributaria, lo que contribuye a establecer

una política tributaria previsible y efectivamente autónoma. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Si los plazos de prescripción de la obligación tributaria pueden ser ordenados y, por lo tanto, modificados por el legislador federal, no sólo la institución de la prescripción sino el sistema de recaudación tributario dejan de ser locales, en tanto quedan sujetos a las decisiones de un poder ajeno. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. Es claro que el modelo de federalismo de la Constitución Nacional no supone unidad de legislación, excepto en materias delegadas al Estado federal, y en lo que corresponde al funcionamiento de las autonomías locales, como lo es todo lo atinente al sistema tributario, el único límite es el respeto de los principios y derechos constitucionales, en el caso y como simples ejemplos, el principio de igualdad o el de no confiscatoriedad (art. 16 y 17, C.N.). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

15. Partiendo de nuestra organización federal, que se traduce en un Estado plural —la Nación, veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y dos mil ciento setenta municipios de provincia—, probablemente la superación del mosaico inarmónico de regulaciones tributarias debiera alcanzarse, no ya a partir de aislados preceptos de derecho privado totalmente inatingentes a esta rama del derecho público, sino a través de una codificación tributaria concertada de los aspectos mínimos fundamentales del derecho sustantivo, adjetivo, procesal e infraccional, todo ello en el marco de un federalismo cooperativo, como se lo denomina en los Estados Unidos de América, o federalismo posible o de consenso, tal cual lo han propiciado diversos juristas argentinos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

16. Cabe referir de lege ferenda que se advierte una tendencia generalizada, dentro de los ordenamientos tributarios contemporáneos más avanzados, a reducir los plazos de la prescripción, para logra así aminorar la conflictividad, mejorar la relación Fisco-contribuyente y consolidar la seguridad jurídica ante un derecho tributario complejo, excesivamente reglamentarista y de alta mutabilidad, que en este ámbito exhibe a muchos Estados de derecho como verdaderas junglas normativas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Se agrega copia de la sentencia dictada en el expte. nº 3275/04, "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 23/2/2005, como parte integrante del voto del Sr. José O. Casás, y a cuyos fundamentos remite el voto del señor juez Luis F. Lozano, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. Aunque no siempre es sentencia definitiva la que pone fin a un juicio ejecutivo, sí revista tal carácter el pronunciamiento que recae sobre una cuestión que, como la prescripción, no puede ser revisada ulteriormente en proceso ordinario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El Gobierno federal es un gobierno de poderes enumerados, mientras que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires tienen el poder residual que les aseguran los arts. 121, 124, 126 y 129 de la C.N., de modo que para que una ley del Congreso

nacional integre la ley suprema de la Nación (en los términos del art. 31 de la C.N.), ella debe sustentarse en una atribución que le haya sido conferida a dicho Poder por la Constitución Nacional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Si la atribución de legislar acerca de la prescripción de las obligaciones fiscales locales no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta de la masa de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada Estado federado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No existe una sola palabra en la Constitución Nacional que autorice a suponer que, como instituto, la prescripción quedó asignada al Congreso, mientras que, en cambio ello sí ocurre en cuanto a las obligaciones tratadas en el Código Civil. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Está fuera de discusión el argumento referido a que la prescripción involucra aspectos vinculados al derecho de propiedad, al igual que aquel otro según el cual la propiedad recibe tratamiento en el marco de las materias delegadas por el art. 75, inc. 2º de la C.N., pero ello no significa que todo lo relativo a la propiedad quede tratado en el Código Civil. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Aun cuando pueden definir propiedades, las cláusulas locales no pueden contener previsiones que entren en colisión con las normas nacionales que constituyen la ley suprema de la Nación con arreglo al art. 31 de la C.N., y la divergencia de textos (local y nacional) sobre una misma materia implicará la inconstitucionalidad de la normativa local sólo cuando las leyes del Congreso estén sancionadas dentro del universo de poderes enumerados, pues fuera de él, no son ley suprema de la Nación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La legislación relativa a la prescripción de tributos nacionales no es considerada de derecho común sino federal, de modo que el instituto de la prescripción no está íntegramente contemplado en el inc. 12 del art. 75 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Si bien en principio, las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyen sentencia definitiva, el pronunciamiento que no hace lugar a la excepción de prescripción no podrá ser revisado en un juicio ordinario posterior, de modo que corresponde equiparar esas decisiones a sentencia definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La dilucidación de los preceptos aplicables para computar el comienzo del plazo de prescripción es, por regla, misión propia de los jueces de la causa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. En el derecho tributario la prescripción sólo puede encontrar su fundamento en criterios objetivos y uniformes que den satisfacción al principio de seguridad jurídica, circunstancia que se evidencia claramente en el hecho de que el legislador haya querido tomar un parámetro uniforme para determinar el *dies a quo* del plazo prescriptivo, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica tributaria: relación de derecho público que no nace por voluntad de las partes en ella implicadas, sino por la ocurrencia fáctica del presupuesto legal previsto. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 6816/08 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) promovió ejecución fiscal contra Julio Heriberto Bottoni y/o quien resultara propietario del dominio nº BRM914, pretendiendo el cobro de $ 1.210,51 en concepto de impuesto de patentes sobre vehículos en general y ley nacional 23.514, correspondientes a las cuotas 3, 4, 5 y 6 de 2000 y 1, 2, 3, 4 y 5 de 2002 (fs. 55/56 vta.), con intereses y costas.

2. Intimado a abonar lo reclamado, el ejecutado opuso excepción de prescripción parcial y de pago.

En cuanto a la primera, señaló que respecto de las sumas devengadas durante el año 2000, la acción se encontraría fenecida. Destacó que esa conclusión no podría ser contrariada por "eventuales prórrogas que la actora haya dispuesto unilateralmente" (fs. 63/64). Impugnó la suspensión de los plazos de prescripción prevista por la ley 671, cuya declaración de inconstitucionalidad promovió. Sostuvo que el art. 13 de la norma atacada resultaba contrario a la distribución de competencias establecida en el art. 75 inc. 12 de nuestra C.N.

Para oponer excepción de pago, denunció la venta del vehículo en cuestión. Manifestó que el comprador se habría comprometido a abonar las sumas reclamadas. Informó la existencia de un Convenio de Complementación de Servicios celebrado entre la Dirección Nacional Registro Nacional de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios, por una parte, y por la otra la Dirección General de Rentas —dec. 814/89— (en adelante "el Convenio"). Propuso que, en atención a las obligaciones asumidas por las partes del Convenio, las propias transferencias y cambio de radicación del vehículo implicaban el pago de las cuotas objeto de la ejecución. Esto así pues estaba estipulado que de existir deuda, no se consentirían.

3. El GCBA contestó las excepciones opuestas (fs. 73/78). Calculó el plazo de prescripción de la acción para exigir las sumas pretendidas, de acuerdo a la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires, con la suspensión establecida por la ley 671 para concluir que su demanda era oportuna.

Respecto del planteo de inconstitucionalidad, el GCBA adujo que no era procedente en el marco de un proceso ejecutivo y destacó que la declaración es siempre de *ultima ratio,* argumentos que acompañó con jurisprudencia.

En referencia a la excepción de pago, la actora señaló que el ejecutado "no ha acompañado original alguno que demuestre la cancelación de lo reclamado" (fs. 74 vta.), y contrastó el hecho con la exigencia de pago documentado del art. 451, inc. 5º del CCAyT.

4. El juez de primera instancia rechazó las excepciones opuestas y el planteo de inconstitucionalidad, y mandó llevar adelante la ejecución por la suma pretendida con más sus intereses (fs. 2/5 vta.).

5. Ante esa decisión, y en atención a que el monto del proceso le impedía llevar sus agravios ante la cámara de apelaciones del fuero, el demandado interpuso el recurso de inconstitucionalidad que obra a fs. 8/12.

Se agravió del rechazo de la excepción de prescripción, por entenderlo contrario la jurisprudencia de la CSJN. También sostuvo que habría existido arbitrariedad en el rechazo de la excepción de pago, al no hacerse lugar a los medios de prueba ofrecidos, tendientes a incorporar el Convenio a las constancias de la causa.

6. El GCBA realizó una presentación a fin de contestar el memorial de agravios (fs. 73/78). Refirió tangencialmente el caso de autos. Nada dijo acerca de los agravios de arbitrariedad en el rechazo de la excepción de pago.

7. El juez de primera instancia declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 33). Consideró que la sentencia cuestionada era definitiva pues decidía una cuestión que no podría ser revisada ulteriormente en un proceso ordinario. Sin embargo, encontró que el demandado no había podido articular un caso constitucional y que en el caso no se configuraban los recaudos para aplicar la doctrina de la arbitrariedad y suplir esa carencia.

8. Contra la denegatoria, la ejecutada interpuso la queja de fs. 41/52. El señor fiscal general adjunto propició su rechazo (fs. 157/159).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja.

El recurso directo de fs. 41/52 fue interpuesto en tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Acierta el recurrente cuando afirma que no puede sostenerse que el planteo de inconstitucionalidad que ha efectuado se encamine a controvertir cuestiones de hecho, prueba y derecho común (fs. 43). Al contrario, tal como lo apunta, su planteo se dirigió a controvertir la validez del art. 13 de la ley 671 por considerarlo violatorio del art. 75 inc. 12 de nuestra C.N.

A fs. 32 vta., el juez de primera instancia caracterizó la doctrina de este Tribunal acerca de la arbitrariedad de sentencia, para luego concluir que "si bien toda sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas, no se advierte —sin perjuicio de las facultades del Tribunal Superior en caso de interponerse la correspondiente queja— que se configuren los recaudos para aplicar la doctrina de la arbitrariedad" (fs. 33). Asiste razón al quejoso cuando denuncia deficiencias en el razonamiento reseñado. De hecho, de la doctrina reseñada a fs. 33 surgen los lineamientos que este Tribunal ha otorgado a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, sin que de su sola enunciación pueda extraerse que no concurren en el caso de autos.

El demandado logra demostrar que las manifestaciones del juez *a quo* en la providencia recurrida no dan fundamento a su decisión, por lo que corresponde hacer lugar a la queja.

2. El recurso de inconstitucionalidad.

Admitida la queja, consideraré el recurso de inconstitucionalidad. A ese fin es necesario, en mi opinión, distinguir lo que la resolución impugnada dispone respecto de la excepción de pago, de aquello que refiere a la excepción de prescripción.

2.1. La decisión recurrida resuelve dos excepciones autónomas que podrán tener diferente acogida por este Tribunal. En efecto, la sentencia del *a quo* no tiene carácter de definitiva en cuanto decide la improcedencia de la excepción de pago. Esto así, porque el ejecutado puede llevar la defensa a la vía ordinaria sin que la ejecución ordenada obste a su pretensión de ningún modo. Por ello, el recurso de inconstitucionalidad resulta inadmisible en lo referido al rechazo de la defensa de pago.

2.2. Distinto es el caso en lo relativo al rechazo de la excepción de prescripción. A diferencia de lo sostenido por el *a quo,* el planteo de inconstitucionalidad promovido por el ejecutado para fundar la defensa en análisis es una cuestión de derecho. El fallo aquí recurrido implicó el pleno debate, examen y solución de dicha cuestión, a pesar de las limitaciones impuestas al conocimiento judicial por el carácter acotado del juicio de apremio. Es así que el rechazo de la defensa de prescripción tiene carácter de definitivo y es susceptible del recurso de inconstitucionalidad intentado.

Adelanto que debe confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto decide que la ejecución fiscal fue oportuna.

Mantengo la opinión que he vertido en los aparts. 4 a 7 (ambos inclusive) de mi voto en la causa "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'", expte. nº 2192/03, fallo del 17/11/2003, cuya copia será agregada para integrar este pronunciamiento.

3. Por lo expuesto, voto por: *i)* admitir la queja de fs. 41/52; *ii)* declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad en cuanto cuestiona el rechazo de la excepción de pago; *iii)* rechazar por improcedente el recurso de inconstitucionalidad en cuanto impugna el rechazo de la excepción de prescripción y, por lo tanto, confirmar la sentencia de primera instancia cuando decide que la defensa de prescripción opuesta no puede tener acogida favorable; *iv)* ordenar se reintegre al quejoso el depósito acreditado a fs. 40; y *v)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida (conforme art. 62, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Si bien los pronunciamientos recaídos en procesos de ejecución fiscal no revisten, en principio, el carácter de sentencia definitiva, en la presente causa corresponde hacer excepción a tal temperamento por cuanto las defensas esgrimidas de pago y de prescripción de la obligación tributaria no podrán ser hechas valer en un juicio ordinario ulterior contra la Administración Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por lo demás, el recurso de hecho fue interpuesto en tiempo hábil y legal forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. De todos modos, los planteos del recurrente no pueden tener acogida favorable en este estrado. Ello sintéticamente señalado en razón de las siguientes circunstancias:

a) El pago no puede inferirse del hecho de la transferencia del dominio del rodado y de su radicación en una jurisdicción distinta a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello así, puesto que los argumentos vertidos, en particular, los relativos al Convenio de Complementación de Servicios celebrado entre la Dirección Nacional del Registro Nacional de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios y la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires, sólo abonarían, de verificarse que ha habido una falta efectiva del servicio, una acción de responsabilidad del Estado por vía de la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil (doctrina de la causa: "Jorge Fernando Vadell v. Provincia de Buenos Aires", *Fallos,* 306:2030, sentencia del 19/12/1984, y demás precedentes concordantes). Es que el pago, en este caso, debió acreditarse con los comprobantes respectivos o con una constancia de libre deuda emitida por el acreedor.

b) La posibilidad de suspensión de la prescripción de los poderes y acciones del Fisco para determinar impuestos e impulsar su cobro es una materia reservada a los poderes locales y a su derecho público y, por tanto, ajena, a las regulaciones del Código Civil, lo que conduce a que no se proyecten sobre la rama fiscal las disposiciones de los Códigos de fondo respecto de los cuales se ha consagrado el principio de unidad de legislación por el art. 75, inc. 12 de la C.N.

Adviértase, a este respecto, que la suspensión del plazo de la prescripción la sancionan los legisladores locales en términos equivalentes que el Fisco nacional —para evitar dispendio de la actividad verificadora y fiscalizadora— al tiempo de instaurar regímenes de regularización o de presentación espontánea, lo que impide utilizar criterios duales en un Estado federal según el Fisco de que se trate.

La naturaleza de las obligaciones involucradas y del interés público comprometido cuando se trata de la percepción de la renta pública desaconseja trasladar, sin más, los preceptos del Derecho Civil al ámbito tributario,

incluso en armonía con el pensamiento del ilustre codificador Dalmacio Vélez Sarsfield expresado en la nota al art. 31 del apuntado cuerpo normativo donde, efectuando una transcripción parcial, puede leerse si bien respecto de un aspecto singular: "Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado... sólo se aplica a las relaciones de derecho privado y no a las de derecho público...".

Para no sobreabundar sobre este tópico remito a los fundamentos vertidos por mis colegas de este estrado y, particularmente, en mis votos —sobre plazos de prescripción y el *dies a quo*— en las causas: "Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.])'", expte. nº 2192/03, sentencia del 17/11/2003 (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. V, pp. 794 y ss.), y "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3275/04, sentencia del 23/2/2005 (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. VII, pp. 40 y ss.), debiéndose acompañar a este pronunciamiento copia de dichas sentencias.

3. Por los desarrollos que anteceden, me pronuncio por: *i)* hacer lugar al recurso de queja y tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad; *ii)* rechazar la apelación incoada, confirmando la sentencia del juez de grado; *iii)* ordenar la devolución del depósito practicado, y *iv*) imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida (art. 62 del CCAyT).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja debe ser rechazada con relación al agravio dirigido a cuestionar la falta de tratamiento por parte del *a quo* del planteo según el cual la Ciudad no podría requerir al anterior propietario de un automotor el pago de la obligaciones tributarias vinculadas a ese bien cuyos vencimientos han operado con anterioridad a la transferencia de dominio del automotor y, posterior, cambio de radicación. Por regla, las sentencias dictadas en los procesos ejecutivos no constituyen la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402 (conf., *mutatis mutandi*, *Fallos,* 185:60, 188; 190:135, entre muchos otros); regla a la que la parte recurrente no muestra que corresponda hacer excepción en el *sub lite* con relación a ese agravio; máxime, cuando la misma parte recurrente afirma que no ha existido un pronunciamiento con relación a dicha cuestión (véanse fs. 10 vta./11 vta.), circunstancia que da cuenta de la posibilidad de que ese agravio puede, en principio, ser replanteado en un proceso ordinario ulterior, o, al menos, que no arroja agravio alguno en el presente.

2. Distinta es la situación con relación al planteo vinculado a la excepción de prescripción. Ello así, toda vez que la decisión acerca de la procedencia de esa excepción no va a poder ser revisada en un proceso ordinario posterior (conf., *mutatis mutandi,* la doctrina de *Fallos,* 271:158, entre muchos otros; doctrina receptada en el pronunciamiento de este Tribunal "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3275/04, entre otros), e involucra, en el caso, una cuestión constitucional consistente en la tacha de inconstitucional del art. 13 de la ley 671 que funda el Sr. Bottoni en la doctrina sentada por la CSJN en dos de sus fallos: los publicados en *Fallos,* 326:3299 ("Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda") y en 332:616 ("Casa Casmma S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente de verificación tardía promovido por Municipalidad de La Matanza").

La parte actora sostiene, asimismo, que el magistrado de grado transgredió la doctrina de la CSJN según la cual los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte Suprema (conf. *Fallos,* 25:365; 307:1094; 315:2386, entre otros). En esas condiciones, afirma que resulta aplicable aquella otra doctrina de la CSJN que, en línea con la citada, establece "…que carecen de fundamento las resoluciones de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar 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" (*Fallos,* 332:616).

3. Por las razones que di al votar en la causa "Constructar", ya citada, que reproduciré, en lo pertinente, en el punto 3.2. de este voto, corresponde rechazar la tacha mencionada *supra*. Si bien es cierto, tal como apunta el Sr. Bottoni en su queja, que en la mencionada causa "Constructar" venía controvertida la validez constitucional del momento escogido como punto de partida para computar el plazo de prescripción de "[l]as acciones y poderes de la [ex] Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para determinar y exigir el pago de impuestos y demás contribuciones…" (conf. los arts. 1º y 2º de la ley 19.489), no lo es menos que ese planteo encontraba apoyo en los mismos argumentos que el aquí formulado.

Por lo demás, la circunstancia de que las razones expuestas en ese pronunciamiento no hubiesen sido, a la fecha, descalificadas por la CSJN, ni merecido reproche alguno por parte del hoy recurrente, torna innecesario su revisión en esta oportunidad.

3.1. A su vez, cabe señalar que con la decisión que adopto, a diferencia de los sostiene el Sr. Bottoni, no vengo a desconocer el valor que detenta la jurisprudencia de la CSJN. Respeto celosamente la autoridad magistral de sus fallos. Es, justamente, esa autoridad magistral la que me ha llevado a hacerme cargo de las razones vertidas en el pronunciamiento publicado en *Fallos,* 326:3299, al que remite el dictamen al que adhirió la CSJN en la sentencia publicada en *Fallos,* 332:616 —que cita, también, el Sr. Bottoni—, para resolver en la forma que aquí lo hago.

3.2. En ese orden de ideas, en la causa "Constructar" sostuve, en lo que acá importa, que:

3.3. La Corte Suprema ha analizado la cuestión *in re* "Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda" (F. 194 XXXIV, sentencia del 30/9/2003). Resolvió allí que la prescripción de las acciones de cobro de tributos locales quedan sujetas a la legislación nacional por corresponder el instituto al Código Civil. Esta doctrina sustituye a la adoptada en los precedentes 100:10; 102:204; y 104:144, que reconocían la competencia local en la materia. Los fallos de la Corte Suprema tienen, debido tanto a su carácter supremo como a la autoridad de su contenido, un sentido magistral al que los jueces inferiores y los locales debemos someternos en bien del cometido que nos viene impuesto por el cargo. No obstante, la Corte Suprema nunca ha excluido el reexamen de asuntos de esta naturaleza cuando puede ser hecho a la luz de nuevas circunstancias o ideas que justifiquen volver sobre ellos (véase p. ej., *Fallos,* 302:144; y "Transportes Vidal S.A. c/Provincia de Mendoza", 31/5/1984, considerando 11° del voto de la mayoría, y del Dr. Petracchi).

3.4. No se discute en autos, ni en el precedente "Filcrosa", acerca del alcance de algunas de las cláusulas constitucionales aplicables, así como tampoco en cuanto a que es en la Constitución Nacional donde corresponde buscar las reglas que determinen la correcta solución del asunto.

Dentro de este universo, el principio básico es que el federal es un gobierno de poderes enumerados, mientras que las provincias, y la Ciudad de Buenos Aires tienen el poder residual que les aseguran los arts. 121, 124, 126 y 129 de la C.N. A la luz de esta regla, para que una ley del Congreso nacional integre la ley suprema de la Nación (en los términos del art. 31 de la C.N.), ella debe sustentarse en una atribución que le haya sido conferida a dicho Poder por la Constitución Nacional.

Aunque enumerados, esos poderes o atribuciones no tienen por qué serlo expresamente. La jurisprudencia norteamericana había desarrollado ya antes de 1853 las nociones de poderes implícitos y resultantes.[53] La idea de poderes inherentes contenida en el precedente "United States v. Curtiss-Wright Export Corporation" (299 U.S. 304) es del año 1936, y está dirigida a atribuciones de naturaleza muy alejada de la que hoy nos ocupa, atribuciones que, por hipótesis, no pueden colidir con las provinciales.

El poder tributario asiste, con relación a diversas categorías de hechos imponibles, tanto a la Nación como a las provincias. De esto no hay duda, y fue afirmado por la Corte Suprema en numerosos precedentes: "La facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas

[53] "Mc Culloch v. State of Maryland" 17 U.S. 316 (1819); "Gibbons v. Ogden" 22 U.S. 1 (1824) y, finalmente, "American INS. v. 356 Bales of Cotton", 26 U.S. 511 (1828).

en el art. 108 —hoy art. 126— de la Constitución; siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención de autoridad extraña (*Fallos,* 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419)" (*Fallos,* 235:571, entre muchos otros). En este marco, no existe razón alguna para que la Nación limite el ejercicio del poder fiscal que asiste a las provincias en razón de la categoría de hechos, agregando límites en razón del tiempo o de cualquier otra circunstancias distinta de los supuestos de interferencia que llevan a eliminar ejercicios como el contemplado en la causa "Mc Culloch v. Maryland", tomado como criterio por la Corte Suprema, por ejemplo, en la causa "Banco de Mendoza v. Dirección General Impositiva" (*Fallos,* 247:325), entre otros.

Si la atribución de legislar acerca de la prescripción de obligaciones fiscales locales no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta de la masa de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada Estado federado.

3.5. En "Filcrosa" la Corte Suprema sentó la doctrina según la cual la prescripción de obligaciones tributarias locales integra la materia cuyo tratamiento atribuye al Congreso el art. 75 inc. 12 de la C.N. Esta conclusión está erigida sobre dos bases: *a)* la prescripción no es un instituto propio del derecho público local sino un instituto general del derecho, circunstancia que determina la imposibilidad de que las provincias sienten reglas en la materia ni aún en lo que hace a la de las obligaciones tributarias cuya causa, en cambio, les compete privativamente fijar (consid. 6° del voto de los ministros Fayt, Moliné O'Connor, y López, que conformaron la mayoría); y *b)* la prescripción involucra aspectos típicamente vinculados al derecho de propiedad, cuya inclusión dentro del art. 75 inc. 12 de la C.N. no se discute (consid. 7° del voto de la mayoría). A continuación analizaré estos fundamentos.

3.6. La afirmación de que la prescripción es un instituto general de derecho tiene una riqueza que obliga a ahondar en su significado, según muestra, en mi opinión certeramente, el voto de la jueza Alicia Ruiz en el precedente de este Tribunal *in re* "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'" (expte. n° 2192/03), cuyas reflexiones arrojan luz sobre el punto. Indudablemente, la prescripción liberatoria, materia de estas reflexiones, es una categoría jurídica de vieja elaboración que tanto denota una causal de extinción de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación civil como la de una comercial, laboral, fiscal y aún para la aplicación de una sanción penal. Pero, como nociones científicas, las de "acto administrativo" o "contrato" son también generales como la prescripción, y sin embargo se encuentran pacíficamente sujetas a disposiciones de carácter nacional o local, según los casos. Así, aunque con contenidos parecidos, cada provincia se da la legislación relativa tanto a la estabilidad

de sus actos administrativos como la de sus contratos administrativos. Y, en verdad, todas estas nociones son aplicables también al derecho vigente en otros países. Por lo que no cabe inferir un poder del Congreso con la sola base de que el concepto "prescripción" sea de amplia cobertura. Tampoco hay razones para sostener que resulta lógicamente imposible separar la atribución de reglar la materia en dos o más campos y asignar cada uno de ellos a diversa autoridad legislativa. Finalmente, no existe una sola palabra en la Constitución Nacional que autorice a suponer que, como instituto, quedó asignado al Congreso. Sí, en cambio, que lo fue en cuanto aplicable a las obligaciones tratadas en el Código Civil, por ejemplo.

No existen instituciones generales, con los alcances que se pretende darle en "Filcrosa", sino en la medida en que el legislador competente (constituyente, en el caso) proscribe la discriminación. No es la teoría (la posibilidad de concebir situaciones diversas bajo un mismo paraguas conceptual) lo que permite extender los poderes del Congreso. No es el teórico el que distribuye competencias, sino el legislador, cuyo criterio de reparto bien puede diferir de la posibilidad de construir categorías del entendimiento.

Bien vale recordar las palabras del juez Brandeis en el fallo recaído en la causa "Erie R. Co. v. Tompkins", 304 U.S. 64. La cuestión considerada en ese precedente guarda, no obstante la diversidad de tratamiento que las cuestiones de derecho civil tienen en una y otra constitución, una estricta analogía con la presente en lo que aquí interesa. Los tribunales federales estadounidenses, con apoyo en la doctrina sentada por la Corte en el caso "Swift v. Tyson", 16 Pet. 1, 18 venían aplicando el *common law* elaborado por la justicia federal para la solución de casos de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por particulares en el territorio de los Estados, a cuyo respecto la jurisdicción federal provenía de la distinta vecindad de las partes. Ese *common law* federal venía a excluir al *common law* elaborado por los jueces del Estado donde había tenido lugar el hecho y solamente quedaba reemplazado por reglas estaduales si éstas provenían de una ley de ese Estado (*statute law*). En esas condiciones, se suscitaba una situación paradojal: los jueces federales consideraban que la potestad legislativa para regular esos casos era estadual, pero si no había sido ejercida por el Estado sino librada la regulación al *common law,* elaborado como principio por los jueces del Estado, los jueces federales venían a ser soberanos en la materia, como resultado de una asignación de competencia en razón de la persona y no de la materia. La justificación de esta asunción federal de un poder reconocidamente estadual estaba apoyada precisamente en la postulación de que el *common law,* desarrollado por los jueces federales para supuestos de jurisdicción federal *ratione materiae* era un cuerpo general por tratar institutos generales del derecho. En "Erie" esa idea de institutos generales como fundamento de la extensión de competencias federales hasta invadir las locales fue expresamente desechada, no por razones de imposibilidad teórica sino porque la teoría, cualquiera fuera su acierto, no puede redistribuir lo que la Constitución ya distribuyó. Dice así Brandeis: "Excepto en asuntos regidos por la Constitución federal o por leyes del Congreso, el derecho a ser aplicado en cualquier caso es el derecho del Estado. Y

si el derecho del Estado debe ser declarado por su Legislatura en una ley o por su más alto tribunal en una sentencia, no es una cuestión de competencia federal. No existe un *common law* general federal. El Congreso no tiene la potestad de declarar reglas sustantivas de *common law* aplicables en los Estados, sean locales por su naturaleza o 'generales', sean de derecho comercial o de derecho de daños. Y ninguna cláusula constitucional busca conferir tal potestad a los tribunales federales. Como fuera afirmado por el Sr. Ministro Field cuando disentía en 'Baltimore & Ohio R.R. Co. v. Baugh', 149 U.S.368, 401, 13 S.Ct.914, 927, en contra de ignorar el *fellow-servant liability common law* de Ohio: soy consciente de que lo que ha sido denominado la ley general del país —lo cual a menudo no es sino lo que el juez postulando una doctrina piensa, en ese momento, que debería ser la ley general sobre una cuestión particular— ha sido frecuentemente postulada en sentencias de esta Corte para no aplicar una ley estadual en pugna con la que se hace prevalecer. Admito que jueces expertos han caído en el hábito de repetir esta doctrina como un modo conveniente de hacer a un lado la ley de un Estado que entraba en conflicto con su punto de vista. Y confieso que, instado y gobernado por la autoridad de los grandes nombres de esos jueces, yo mismo he, en muchas oportunidades, confiadamente y sin vacilación, pero según ahora creo, equivocadamente, repetido esa misma doctrina. Pero, a pesar de los grandes nombres que pueden ser citados a favor de la doctrina, y a pesar de la frecuencia con la que la doctrina ha sido reiterada, allí se erige, como una perpetua protesta contra su repetición, la Constitución de los Estados Unidos, que reconoce y preserva la autonomía e independencia de los Estados —independencia sus departamentos legislativos y judiciales—. La supervisión tanto sobre la acción legislativa como la judicial de los Estados en ningún caso es permisible, excepto respecto de cuestiones específicamente autorizadas o delegadas a los Estados Unidos por la Constitución. Cualquier interferencia con cualquiera de dichas acciones de los Estados, salvo cuando está permitida, es una invasión de su autoridad, y, en dicha medida, una denegación de su independencia.

La falacia subyacente en la regla declarada en 'Swift v. Tyson' fue claramente desnudada por el juez Holmes. La doctrina descansa sobre la asunción de que existe 'un cuerpo transcendente de normas fuera del de cualquier Estado particular pero obligatorio dentro de él, a menos que sea modificado por una ley escrita [*statute law*], y hasta tanto ello ocurra'; que los tribunales federales tiene la potestad de usar su juicio respecto de cuáles son las normas del *common law*; y que en los tribunales federales 'las partes tienen derecho a un juicio independiente sobre cuestiones de derecho general'.

'Pero el derecho objetivo en el sentido en el que los tribunales hablan de él hoy día no existe sin una autoridad definida que lo respalde. El *common law* en la medida en que es aplicado en un Estado, se lo llame o no *common law*, no es un *common law* general, sino el derecho objetivo de ese Estado que existe por la autoridad de ese Estado independientemente de lo que pudo haber sido en Inglaterra o en cualquier otro lugar...'

'El Estado y sólo él es la autoridad, y si eso es así, la voz adoptada por el Estado como propia (sea la de su Legislatura o la de su Corte Suprema) debe pronunciar la última palabra'.

En consecuencia, la doctrina de 'Swift v. Tyson' es, como dijo el juez Holmes, 'una asunción de poderes inconstitucional por los Tribunales de los Estados Unidos, que ninguna antigüedad o despliegue respetable de opinión debe hacernos dudar en corregir'. Al desaprobar esa doctrina no sostenemos la inconstitucionalidad del art. 34 de la *Federal Judiciary Act of 1789* ni de ninguna otra ley del Congreso. Meramente declaramos que al aplicar la doctrina esta Corte y los tribunales inferiores han invadido derechos que en nuestra opinión están reservados a los distintos Estados por la Constitución".[54]

[54] "Except in matters governed by the Federal Constitution or by acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the state. And whether the law of the state shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a state whether they be local in their nature or 'general,' be they commercial law or a part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts. As stated by Mr. Justice Field when protesting in 'Baltimore & Ohio R.R. Co. v. Baugh', 149 U.S. 368, 401 13 S.Ct. 914, 927, against ignoring the Ohio common law of fellow-servant liability: I am aware that what has been termed the general law of the country-which is often little less than what the judge advancing the doctrine thinks at the time should be the general law on a particular subject-has been often advanced in judicial opinions of this court to control a conflicting law of a state. I admit that learned judges have fallen into the habit of repeating this doctrine as a convenient mode of brushing aside the law of a state in conflict with their views. And I confess that, moved and governed by the authority of the great names of those judges, I have, myself, in many instances, unhesitatingly and confidently, but I think now erroneously, repeated the same doctrine. But, notwithstanding the great names which may be cited in favor of the doctrine, and notwithstanding the frequency with which the doctrine has been reiterated, there stands, as a perpetual protest against its repetition, the Constitution of the United States, which recognizes and preserves the autonomy and independence of the states,- independence in their legislative and independence in their judicial departments. Supervision over either the legislative or the judicial action of the states is in no case permissible except as to matters by the constitution specifically authorized or delegated to the United States. Any interference with either, except as thus permitted, is an invasion of the authority of the state, and, to that extent, a denial of its independence.'

The fallacy underlying the rule declared in 'Swift v. Tyson' is made clear by Mr. Justice Holmes. The doctrine rests upon the assumption that there is 'a transcendental body of law outside of any particular State but obligatory within it unless and until changed by statute,' that federal courts have the power to use their judgment as to what the rules of common law are; and that in the federal courts 'the parties are entitled to an independent judgment on matters of general law':

'But law in the sense in which courts speak of it today does not exist without some definite authority behind it. The common law so far as it is enforced in a State, whether called common law or not, is not the common law generally but the law of that State existing by the authority of that State without regard to what it may have been in England or anywhere else. ...

El pensamiento de Holmes, recordado en el voto citado, adquiere mayor significado cuando se lo comprende desde la perspectiva de que es el mismo jurista que escribe la obra titulada *The Common Law,* Dover Publications, Inc., Nueva York, en que se analizan las instituciones siempre desde un punto de vista general. En efecto, la primera oración en la p. 1 reza: "El objeto de este libro es presentar una visión general del *Common Law*";[55] y, en su prólogo, luego de explicar que se avocará al tratamiento de la teoría general y no de cuestiones que requerirían un tratamiento particularizado, ante una hipotético reproche por tal proceder, cita las palabras de Lehuërou: "Nosotros hacemos una teoría y no una recopilación".[56]

3.7. El argumento referido a que la prescripción involucra aspectos vinculados al derecho de propiedad está fuera de toda discusión, al igual que aquel otro según el cual la propiedad recibe tratamiento en el marco de las materias delegadas por el art. 75 inc. 12 de la C.N. Pero, ello no significa que todo lo relativo a la propiedad quede tratado en el Código Civil.

El derecho de propiedad está garantizado por la Constitución Nacional, pero, a diferencia de otros derechos, no está definido en ella. El intérprete podrá buscar en el texto constitucional una guía para saber qué es libertad de prensa o de asociación, y cotejar el resultado de su búsqueda con las leyes del Congreso que los reglamenten, pero en vano buscará una definición de cuáles son las propiedades protegidas. Como bien señala el considerando 7º del voto de la mayoría, el derecho común delegado a la Nación define derechos subjetivos de propiedad. Así, el dominio, la servidumbre o las obligaciones nacidas de los contratos civiles. De todos modos, bien sentado está que los derechos de propiedad no se agotan en los derechos creados y regulados en los códigos de fondo, aunque los comprenda. Baste recordar que en el célebre precedente *Bourdieu* (*Fallos,* 145:307) —en el que la Corte Suprema sentó que el derecho de propiedad abarca "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad [...] [t]odo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, *sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos)*"— el derecho que constituía la propiedad del Sr. Bourdieu tenía fuente exclusivamente en el derecho local, es decir fuera del derecho común,

---

'The authority and only authority is the State, and if that be so, the voice adopted by the State as its own (whether it be of its Legislature or of its Supreme Court) should utter the last word'.

Thus the doctrine of 'Swift v. Tyson' is, as Mr. Justice Holmes said, 'an unconstitutional assumption of powers by the Courts of the United States which no lapse of time or respectable array of opinion should make us hesitate to correct'. In disapproving that doctrine we do not hold unconstitutional section 34 of the Federal Judiciary Act of 1789 or any other act of Congress. We merely declare that in applying the doctrine this Court and the lower courts have invaded rights which in our opinion are reserved by the Constitution to the several states".

55 "The object of this book is to present a general view of the Common Law".

56 "Nous faisons une théorie et non un spicilège".

toda vez que lo que estaba en juego eran las condiciones de la concesión de uso de un espacio del dominio público. Bastan estas consideraciones para advertir la necesidad de matizar la idea de que el derecho de propiedad está definido en los códigos del art. 75 inc. 12. Los ejemplos de propiedades definidas fuera del campo del derecho común, tanto en el derecho provincial como en el federal, son numerosas. Se puede afirmar que en muchos casos remiten al derecho común en buena parte de sus aspectos. Pero, esto no aparece impuesto por la Constitución Nacional, al menos no expresamente, ni parece posible derivarlo como regla general por alguna de las vías tradicionalmente empleadas a ese fin, a las que me referí más arriba (en el considerando 4°).

Está fuera de discusión que, aun cuando pueden definir propiedades, las cláusulas locales no pueden contener previsiones que entren en colisión con las normas nacionales que constituyen la ley suprema de la Nación con arreglo al art. 31 de la C.N. Ahora bien, la divergencia de textos (local y nacional) sobre una misma materia implicará la inconstitucionalidad de la normativa local sólo cuando las leyes del Congreso estén sancionadas dentro del universo de poderes enumerados. Fuera de él, no son ley suprema de la Nación.

3.8. (…) La Nación es artífice de todos los plazos de prescripción que corren contra las acciones que nacen de sus derechos, y esto jamás ha sido discutido ni visto con alarma. En ejercicio de esa potestad ha optado por computar el plazo de prescripción desde una oportunidad idéntica a la que el recurso objeta a la Ciudad. La doctrina "Filcrosa" negaría a las administraciones locales el tratamiento que el Estado nacional se da por razones aplicables también a aquellas.

En un examen más profundo de la cuestión, repárese en la situación que generaría la doctrina "Filcrosa" en la hipótesis de que la Constitución Nacional hubiera librado, como lo hace la norteamericana, la legislación civil a las provincias. ¿Se sostendría la noción según la cual el instituto es general del derecho?

3.9. Aunque no han dado lugar a cuestionamientos comparables, existen otros aspectos de las obligaciones tributarias que versan sobre categorías jurídicas también contempladas en los códigos de fondo. Definir cuáles son los sujetos de derecho ha sido considerado siempre asunto propio del derecho común, lo cual supone tratamiento por el Congreso y respetuoso de la uniformidad. Empero, ha sido solución habitual aquella según la cual los sujetos de la imposición pueden diferir de las personas contempladas en el Código Civil. De hecho, por ejemplo, las leyes fiscales, tanto nacionales como locales, erigen a las sucesiones indivisas, las uniones transitorias de empresas, los agrupamientos de colaboración o los fideicomisos, como sujetos de obligaciones tributarias, no obstante que carecen de personería con arreglo a la legislación sancionada en virtud del art. 75 inc. 12 de la C.N. Esta regla difiere, pero no interfiere, con las del Código Civil. Igual razonamiento puede montarse sobre la compensación. El art. 823 inc. 1° del Cód. Civil establece que no son compensables créditos de los particulares frente al Estado con deudas de rentas fiscales. Ello no excluye el tratamiento por la legislación federal y la local

de los supuestos de compensación de deudas tributarias con créditos por pago en exceso de tributos, no contemplados expresamente en el Código Civil sino en la legislación tributaria de cada jurisdicción (p. ej., véase art. 59 C.F., año 2004, t.o. por dec. 882/GCABA/04). Es decir, la ley civil, asumiendo que puede existir una interferencia, la evita dejado fuera de sus reglas el supuesto que queda en la órbita local. Distinta situación es la de los privilegios en que aparece manifiesto el interés nacional en fijar prioridades entre obligaciones civiles y tributarias, o sería mejor decir evitar que las provincias afecten las primeras para atender preferentemente sus créditos fiscales.

3.10. No es ajena a la solución del problema la visión que de él tiene el Congreso. Como enfatiza el voto del juez Maier en la causa "Sociedad Italiana de Beneficencia", el Congreso ha sancionado por medio de los arts. 1º y 2º de la ley 19.489, como legislatura local, el régimen diferencial de prescripción para la Ciudad de Buenos Aires y, paralelamente, para sus propios créditos tributarios mediante los arts. 56 y ss. de la ley 11.683, un régimen también específico y de similar contenido. Es decir, existe una interpretación auténtica según la cual el Código Civil no contempla el caso que nos ocupa.

Está fuera de toda discusión que si el Congreso hubiera establecido como legislatura local de Buenos Aires una regla que hubiera hecho excepción a las del derecho común, esa regla habría sido inconstitucional por transgredir el principio según el cual la legislación común deber ser uniformemente impuesta en todo el territorio de la Nación (*Fallos,* 220:202). En tanto aceptemos que la inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del sistema y que el legislador se supone coherente, habrá que concluir que esa interpretación auténtica es, además, la única posible: el Código Civil no trata la prescripción de las obligaciones tributarias, ya sean nacionales o provinciales. Sentado ello, la solución del caso de autos puede prescindir de determinar si el Congreso nacional tiene la competencia para fijar la prescripción de las obligaciones tributarias locales. Si, por ejemplo, supusiera que, acorde con el art. 75 inc. 12 de la C.N., los códigos de fondo bien pudieron tratar unificadamente la prescripción de obligaciones tributarias locales, aun así el art. 126 de la C.N. abriría la puerta a la regulación por las provincias de aquella materia que, aunque parte del derecho común por hipótesis, no hubiera recibido atención aún del Congreso (como ocurre en nuestro medio, según acabo de explicar). Más probablemente, como ya expresé más arriba, la estimó ajena a sus poderes. La ausencia de mención en el Código Civil, aun a la prescripción de tributos nacionales, por una parte, y la circunstancia de que la ley nacional 11.683 trata la prescripción de estos tributos nacionales, y solamente la de estos, me parecen elementos difíciles de compatibilizar con otra interpretación. Adviértase que, como bien señala el voto de los ministros Juan C. Maqueda y Enrique S. Petracchi en "Filcrosa", habría que extender la solución de la ley 11.683 a las obligaciones tributarias provinciales para preservar la igualdad, tema al que regreso más adelante. Pero, en cualquier caso, la legislación local sería válida.

El punto relativo a establecer si el Código Civil contempla la prescripción de las obligaciones tributarias no es menor. Ciertamente, el juez de grado no estimó que el Código Civil las contemplara, puesto que si hubiera creído que las reglas de ese código regulan el asunto, habría debido declararlas inconstitucionales a fin de fundar su decisión. Como señalaron los jueces Casás y Conde en el caso "Sociedad Italiana de Beneficencia" esa conclusión, estrictamente de derecho común, es privativa de los jueces locales (arts. 75 inc. 12, y 116, C.N.) y, por ende, no revisable por la Corte Suprema, salvo un supuesto de arbitrariedad, que no se ve en el caso.

Es decir que, una vez sentada la interpretación según la cual el Código Civil no contempla el supuesto, la legislación local está respaldada por el art. 124 o bien por el 126, ambos de la C.N., y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del art. 116, siempre de la C.N.

En este orden de ideas, cabe advertir también que si bien la sentencia consideró que al requerir la aplicación del Código Civil en lugar de la ley 19.489, la recurrente reducía el debate al momento que una y otra ley adoptan para iniciar el cómputo de la prescripción, no vino con ello a admitir que el art. 4027 inc. 3° del Cód. Civil sería el aplicable al caso. No está admitido en el caso que la deuda sea en cuotas pagaderas en períodos iguales o menores a un año. Establecerlo es facultad privativa de los jueces locales, y no ha sido hecho en razón de que no fue necesario para la solución del litigio.

3.11. En el mismo orden de ideas del considerando anterior, vale tener en cuenta que la legislación relativa a la prescripción de tributos nacionales no es considerada de derecho común sino federal. Así en los casos publicados en *Fallos,* 314:1656; 318:1416. Ello, implica afirmar que el instituto de la prescripción no está íntegramente contemplado en el inc. 12 del art. 75 de la C.N. Considerarlo de otro modo, pondría la interpretación de estas normas fuera del ámbito de revisión de la Corte Suprema en casos en que la legislación tributaria nacional fuera aplicada por jueces locales (supuestos del art. 12 inc. 2° de la ley 48 y concursos) y aún por jueces federales, aun cuando este último sería un supuesto menos grave para la Nación. A su vez, implica que esta clase de asunto, en lo que hace a los tributos provinciales, es de competencia local.

4. Los agravios dirigidos a controvertir la forma en que fueron impuestas las costas por el juez de grado no versan acerca de alguna cuestión constitucional, lo que impide su tratamiento en esta instancia (véanse fs. 215 vta.).

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja con relación a los agravios vinculados al rechazo de la excepción de prescripción y confirmar la sentencia en lo que hace a esa cuestión; y *ii)* rechazar la queja con relación al resto de los agravios. Costas a la vencida.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en debido tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), y —como veremos a continuación— logra rebatir parcialmente los argumen-

tos contenidos en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, lo que amerita su admisión.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la ejecutada se agravia por el rechazo de las excepciones de pago parcial y prescripción.

2.a) El rechazo de la excepción de pago parcial, dispuesta por el señor juez de primera instancia, no constituye una "sentencia definitiva" ya que —como acertadamente destaca la Dra. Ruiz en su voto— el ejecutado puede replantear la alegada inexistencia de deuda exigible en el marco de un proceso ordinario posterior, con amplitud de debate y prueba.

La sentencia atacada basó su decisión en que el pago invocado como excepción en una ejecución fiscal debe ser documentado (conf. art. 451, CCAyT), y que la parte demandada no presentó comprobantes que acrediten el pago del crédito reclamado. No se pronuncia sobre la interpretación, alcance y aplicación al caso del Convenio de Complementación de Servicios celebrado entre la Dirección General de Rentas y el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, invocado por el recurrente, lo que permite —si el interesado lo considera pertinente— su posterior replanteo en otro juicio.

El recurrente tampoco acredita la existencia de un gravamen de difícil o imposible reparación ulterior, que transforme a la sentencia recurrida en equiparable a definitiva.

Por lo tanto, y al no configurarse un requisito esencial de admisibilidad —existencia de sentencia definitiva o equiparable—, el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la decisión judicial que rechazó la excepción de pago no puede prosperar.

2.b) En cuanto al rechazo de la excepción de prescripción, la decisión reviste carácter definitivo, por tratarse de una cuestión de derecho tratada y resuelta por el señor juez de primera instancia, sin que haya invocado limitaciones derivadas del estrecho marco cognoscitivo del proceso ejecutivo, lo que impide su posterior replanteo en otro juicio.

A su vez, desarrolla un genuino caso constitucional en torno a la presunta inconstitucionalidad de la ley 671 —aplicada al caso para concluir que la presente acción no se encontraba prescripta al momento de ser deducida—, en tanto afectaría la facultad exclusivamente conferida al Estado nacional de establecer plazos de prescripción de las acciones (conf. art. 75 inc. 12, C.N.).

Sin embargo, el planteo no puede prosperar, por los fundamentos expuestos en el precedente "Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)'", expte. nº 2192/03, fallo del 17/11/2003, al que me remito

y cuya copia deberá agregarse por secretaría para formar parte del presente pronunciamiento.

3. En virtud de lo expuesto, voto por:

a) admitir parcialmente la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte ejecutada en cuanto a la desestimación de la excepción de prescripción;

b) rechazar el recurso de queja en relación con los restantes agravios;

c) ordenar se reintegre al recurrente el depósito efectuado; e

d) imponer las costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Por ello, oído el dictamen del fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* parcialmente la queja planteada por Julio Heriberto Bottoni en relación con la excepción de prescripción que planteara, y rechazarla por los restantes agravios.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto al rechazo del planteo de prescripción del crédito ejecutado.

3º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida.

4º. *Agregar* a este expediente copia de las sentencias dictadas por el Tribunal de fecha 17/11/2003, en los autos "Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00 s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR [art. 114, C.F.])'" (expte. nº 2192/03), como parte integrante del voto de los jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde; y de fecha 23/2/2005, en los autos: "GCBA c/Constructar S.A. s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 3275/04), como parte integrante del voto del juez José O. Casás.

5º. *Reintegrar* el depósito de fs. 40.

6º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de las sentencias indicadas en el punto anterior, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

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

CCXXXIV

"HERRERA, CARLOS ALEJANDRO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Perjuicio concreto. LICENCIA PROFESIONAL DE CONDUCTOR DE TAXI: Antecedentes penales. Discriminación arbitraria. Principio de igualdad. Derecho de trabajar.

SUMARIOS:

1. La obtención de una licencia profesional para conducir un taxi puede quedar sujeta a una regulación específica destinada a garantizar, entre otras cuestiones, la idoneidad de quienes operen como prestadores de ese servicio y la seguridad de los usuarios, previsiones que no configuran, como principio, una sanción penal puesto que no privan de un derecho, sino que la Administración ejerce una potestad en el contexto del vínculo de derecho público alcanzado por las particularidades del servicio de transporte en juego. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La legitimación de las leyes reposa en su generalidad, en el hecho de que alcancen a todos los integrantes de la comunidad o bien que los excluidos de las cargas no sean los componentes de la mayoría que las depositan en quienes, componiendo una minoría, se oponen, o, en su caso, los beneficiarios de una ventaja no la hayan instituido separando injustificadamente de ella a un grupo minoritario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El recurrente no logra mostrar que la previsión legal impugnada, al establecer determinados antecedentes penales como impedimentos que la Administración debe ligar a la seguridad del transporte para denegar la licencia profesional para conducir un taxi —clase D—, incurre en una discriminación arbitraria, pues se trata de una condición que permite en cada caso concreto fundar la denegatoria si se acredita que el derecho a trabajar resulta restringido a fin de brindar un servicio de transporte seguro para que, a su vez, los autorizados a ejercer la actividad no queden en situación de aprovechar la vulnerabilidad que presenta el usuario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La actora, en su demanda planteó de inconstitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148, pretensión que solo podía ser analizada por los jueces de primera y segunda instancia en relación con el acto administrativo denegatorio de la renovación de la licencia de conductor profesional, pues no podía ser considerada desligada de dicho caso concreto, ya que lo contrario implicaría pronunciarse sobre una cuestión abstracta, lo cual excede la competencia conferida a los jueces en el marco del control difuso de constitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

5. Si en el procedimiento que desarrolle el GCBA previo a la concesión o denegatoria de la licencia profesional para conducir un taxi, el Estado local comete alguna irregularidad derivada de la aplicación de la ley 2148, o bien resuelve la petición dictando un acto administrativo ilegítimo, recién en ese momento se constata un perjuicio concreto que podrá ser invocado por el accionante por las vías adminis-

trativas y/o judiciales pertinentes, de modo que, al no derivar perjuicio alguno para la actora de la sentencia de Cámara impugnada, el recurso de inconstitucionalidad en lo que refiere a este planteo no puede prosperar. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

6. La impugnación constitucional de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148, que vino a fundar la petición principal, y es presentada ahora como un componente autónomo del objeto de la demanda, no constituye una causa capaz de habilitar la competencia del Poder Judicial de la Ciudad (art. 106 de la CCBA), pues los tribunales no pueden declarar la inconstitucionalidad de normas en abstracto, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda aplicárselas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 7340/10 - 22/9/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Carlos Alejandro Herrera promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), a fin de obtener la nulidad de disposición 198-DGLIC-09, que le denegó la solicitud de renovación de su licencia de chofer profesional, clase D2, con fundamento en lo previsto por la ley 2148. Planteó la inconstitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148 (fs. 1/16).

2. El juez de primera instancia rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148, declaró la nulidad de la disposición 198-DGLIC-09, y ordenó al GCBA que dicte un nuevo acto administrativo que resuelva la petición del actor, conforme a la ley que regula la cuestión. Impuso las costas en el orden causado, en atención a la forma en que resolvió el caso (fs. 93/98 vta.).

3. Contra la sentencia de primera instancia, se alzó el GCBA (fs. 100/106 vta.). La parte actora, en oportunidad de contestar el memorial de agravios de la demandada, interpuso "apelación adhesiva" por considerar que "[s]i bien lo resuelto por el *a quo* ordena a la demandada dictar un nuevo acto administrativo, ello no satisface acabadamente la pretensión de autos, puesto que he cuestionado la constitucionalidad del art. 3.2.15 de la ley 2148, y será justamente en base a esta norma *inconstitucional* que la Administración me someterá a *estudios diferenciales* para emitir el nuevo acto que la sentencia ordena dictar…" (el destacado corresponde al texto original), apelación que fue tenida presente por el juez de grado (fs. 117)

4. A su turno, la Sala II de la Cámara CAyT, resolvió: "*1)* Rechazar el remedio procesal intentado por el GCBA y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la sentencia de grado...." (fs. 123/124 vta.).

5. La parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 128/131 vta., con sustento en los siguientes agravios: *a)* arbitrariedad de la sentencia, en tanto ella omitió expedirse sobre la "apelación adhesiva" deducida por su parte; *b)* la ley 2148, en particular el art. 3.2.15 viola el principio de igualdad, pues considera que se fundamenta en un "prejuicio" contra los ex convictos, al no considerarlos iguales al resto de los ciudadanos; *c)* someter al ex convicto a un examen diferenciado para la obtención de su registro profesional, crea una discriminación y echa por tierra el sistema punitivo de la República; *d)* el art. 3.2.15 contraviene las garantías constitucionales de reconocimiento de la idéntica dignidad e igualdad ante la ley de todas las personas (art. 11, CCBA); *e)* afectación de los principios y derecho que establecen los arts. 11 y 13 inc. 9º de la CCBA y; *f)* la sentencia no expone el bien jurídico que se protege con la restricción o afectación a su derecho a trabajar.

El GCBA contestó el traslado del recurso de inconstitucionalidad y solicitó que se lo desestime (fs. 136/141).

La Cámara resolvió concederlo, excepto en lo que se refiere a la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia (fs. 145/146). Al respecto, sostuvo que "…en el caso, el alcance de normas constitucionales, invocadas por el recurrente se encuentra en directa vinculación con la cuestión debatida. Ello sumado a la naturaleza de los derechos (a trabajar, a la igualdad, a la dignidad) que esos preceptos consagran, lleva a concluir que el recurso en examen resulta formalmente idóneo para suscitar la competencia de la instancia superior por la vía intentada, y corresponde disponer su admisibilidad".

6. El fiscal general adjunto propició que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado por la parte actora, en tanto no encuentra que se halle controvertida la validez de normas y actos locales bajo la pretensión de ser contrarios a las constituciones nacional y local. Tampoco advierte la existencia de una causa constitucional (fs. 153/154 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La sentencia impugnada resultó adversa al derecho que el recurrente funda en las garantías previstas por los arts. 11 y 13, inc. 9º, de la CCBA y 16 de la C.N. Además, en su recurso, el actor esgrime que postular la validez constitucional del art. 3.2.15 de la ley 2148, como lo hace el *a quo*, sin hacerse cargo de los agravios incluidos en la apelación adhesiva articulada contra la sentencia de primera instancia también vulnera su derecho de defensa (fs. 128 vta. y fs. 129/131).

En relación con este último argumento corresponde señalar que los términos en los que la Sala II de la Cámara CAyT concedió el recurso de inconstitucionalidad (fs. 145/146) sólo permiten asumir que, a criterio de los jueces que la integran, cuando la sentencia cuestionada resolvió que los recaudos previstos en el citado art. 3.2.15 de la ley 2148 no vulneran el plexo constitucional aplicable —con expresa remisión al precedente "Pérez Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de

inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007, de este Tribunal— vinieron a rechazar de modo implícito las objeciones constitucionales que el accionante había postulado.

Ello así, analizar el acierto o error de impugnar la sentencia de primera instancia mediante una apelación adhesiva, así como el modo en que la Cámara entiende haber abordado tales planteos, constituye una cuestión, por regla, ajena a las competencias de este Tribunal en tanto remite al análisis de aspectos procesales que, de todos modos, en el supuesto que nos ocupa, condujo al *a quo* a habilitar la revisión de los agravios constitucionales esgrimidos por el accionante.

2. El recurso de inconstitucionalidad, conforme explicaré, ha sido mal concedido en relación con el art. 13 inc. 9º de la CCBA.

En efecto, al votar en el ya citado precedente "Pérez…" sostuve que "[e]scoger 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" y que "…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". Ello implica que la obtención de una licencia profesional para, como en el caso del actor, conducir un taxi puede quedar sujeta a una regulación específica destinada a garantizar, entre otras cuestiones, la idoneidad de quienes operen como prestadores de ese servicio y la seguridad de los usuarios. Tales previsiones, no configuran, como principio, una sanción penal puesto que no privan de un derecho, sino que la Administración —por disposición normativa (art. 3.2.15)— ejerce una potestad en el contexto del vínculo de derecho público alcanzado por las particularidades del servicio de transporte en juego (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mancuso, Marcela Lidia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —apelación—'", expte. nº 4106/05, sentencia del 21/12/2005 y Meseguer Yerba, Joaquín: "El principio *non bis in idem* en el procedimiento administrativo sancionador", Bosch, Barcelona, 2000, pp. 19/22).

En suma, toda vez que la normativa cuestionada forma parte de la regulación de un servicio público el recurrente no muestra cuál sería el desvío que permitiría fundar sus objeciones mediante la invocación del art. 13 inc. 9º de la CCBA.

3. Por su parte, el denunciado quiebre de la garantía de igualdad, tampoco resulta eficaz para demostrar la invalidez de la normativa reputada inconstitucional.

El recurrente sostiene que "…el art. 3.2.15 contraviene abiertamente las garantías constitucionales de reconocimiento de la *idéntica dignidad e igualdad ante la ley de todas las personas* (art. 11, CCBA), pues identifica a una categoría de personas, las cuales son consideradas 'distintas' por tener en su historial algún antecedente penal" (fs. 130 vta.).

En relación con la garantía de la igualdad tengo dicho que "la legitimación de las leyes reposa en su generalidad, en el hecho de que alcancen a todos los integrantes de la comunidad o bien que los excluidos de las cargas no sean los componentes de la mayoría que las depositan en quienes, componiendo una minoría, se oponen, o, en su caso, los beneficiarios de una ventaja no la hayan instituido separando injustificadamente de ella a un grupo minoritario. Sintéticamente, su ilegitimidad derivaría de imponer obligaciones o brindar beneficios sólo a algunos entre los iguales. Claramente, en esta última hipótesis, desaparecería aquel consentimiento general que preside el pacto social y se presume reeditado frente a cada norma al momento de exigir su cumplimiento. La garantía de igualdad asegura que, vigente el Estado de derecho, la distribución de las cargas será la que deriva del consenso de sus miembros y no de aquello que deciden imponer a algunos —pocos o muchos pero no a todos— las eventuales mayorías con poder de decisión. Con visión retrospectiva, para conformar la garantía de igualdad, las normas deberían haber podido ser aceptadas por sus destinatarios bajo el pacto original de acatar exclusivamente reglas generales, aun sin saber al momento de su emisión en cuál de las categorías postulables quedarían incorporados en los supuestos particulares, por cuanto aquel compromiso primigenio impondría el deber de dispensar, necesariamente, un trato respetuoso de la garantía de igualdad" ("Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4973/06, sentencia del 6/11/2007).

En el supuesto que nos ocupa, el recurrente no logra mostrar que la previsión legal impugnada, al establecer determinados antecedentes penales como impedimentos que la Administración debe ligar a la seguridad del transporte para denegar la licencia clase D, incurre en una discriminación arbitraria. Se trata de una condición que permite en cada caso concreto fundar la denegatoria si se acredita que el derecho a trabajar resulta restringido a fin de brindar un servicio de transporte seguro para que, a su vez, los autorizados a ejercer la actividad no queden en situación de aprovechar la vulnerabilidad que presenta el usuario. Desde esa perspectiva, es válido presumir el consentimiento que respalda el sometimiento a reglas generales emanadas del órgano depositario de la voluntad popular.

Por otra parte, si el reparo frente a la igualdad pretendiera sostenerse a partir de una desviación en la aplicación de la normativa cuestionada resulta evidente que no cabría presumir la existencia generalizada de prácticas ilegítimas que, de existir, deberían aparecer invocadas y acreditadas. Nada de eso sucede en la situación bajo estudio en la que, además, hasta ahora, no se ha emitido válidamente la denegatoria

de la licencia clase D reclamada por el actor. Es conocida la doctrina americana que distingue entre inconstitucionalidades patentes que proviene del texto expreso de la ley (*on its face*), y aquellas otras que surgen de su propósito y efecto (*in its purpose and effect*) o de su aplicación (*in its aplication*). En lo que ahora importa, la impugnación de un enunciado normativo válido aplicado, empero, desvío de poder mediante, a través de prácticas administrativas sistemáticas e ilegítimas requiere un respaldo argumental y probatorio que no registra el recurso en trámite (conf. Garay, Alberto F., *La igualdad ante la ley. Decisiones administrativas contradictorias. Decisiones judiciales contradictorias. Desigualdad procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 81).

En consecuencia, de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso en relación con la garantía prevista en el art. 13 inc. 9º de la CCBA y rechazarlo respecto del principio de igualdad. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Al igual que ocurre con cualquier recurso, el de inconstitucionalidad solo puede ser interpuesto por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen cierto, concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada. La existencia de este requisito debe ser ponderado con carácter previo e ineludible (conf. mi voto en "Gurrieri, Mónica Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gurrieri, Mónica Beatriz c/OSCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'", expte. n° 5979/08, sentencia del 18/3/2009).

El recurrente debe acreditar la existencia de un interés personal y jurídico que justifique la intervención de este Tribunal, porque de lo contrario se estaría en presencia de una cuestión abstracta o promovida en el solo interés de la ley, que es por esencia ajena al normal cometido de los jueces (conf. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 42).

2. En el caso de autos, la presunta omisión en que habría incurrido la Cámara al no pronunciarse sobre el pedido de inconstitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148 no causa gravamen alguno al recurrente.

La actora, en su demanda, introdujo dos pretensiones de fondo: *i)* la orientada a obtener la declaración de nulidad de la disposición 198-DGLIC-09, que le denegó la renovación de su licencia de chofer profesional D2; y *ii)* el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148 (véase fs. 1, apart. I).

La primera pretensión fue acogida favorablemente por las instancias judiciales de mérito, que ordenaron en consecuencia el dictado de un nuevo acto administrativo que resuelva la petición del actor.

En cuanto a la segunda pretensión, solo podía ser analizada por los jueces de primera y segunda instancia en relación con el acto administrativo denegatorio de la renovación de la licencia de conductor profesional. Es decir, no podía ser considerada desligada de dicho caso concreto, ya que lo contrario implicaría pronunciarse

sobre una cuestión abstracta, lo cual excede la competencia conferida a los jueces en el marco del control difuso de constitucionalidad.

Así lo entendió el señor juez de primera instancia, quien declaró la nulidad del acto administrativo cuestionado por fundamentos distintos a la declaración de inconstitucionalidad perseguida por el accionante, cuyo tratamiento consideró "insustancial" por entender que el agravio invocado resultaba meramente "conjetural" (véase fs. 98 y vta.). A su turno, la Cámara confirmó dicha decisión (véase especialmente apart. 7, a fs. 124).

Por lo tanto, si en el procedimiento que desarrolle el GCBA previo a la concesión o denegatoria de la licencia solicitada, el Estado local comete alguna irregularidad derivada de la aplicación de la ley 2148, o bien resuelve la petición dictando un acto administrativo ilegítimo, recién en ese momento se constatará un perjuicio concreto que podrá ser invocado por el accionante por las vías administrativas y/o judiciales pertinentes. Pero dicha posibilidad, en este momento, es una mera hipótesis, conjetural, y no una situación cierta que requiera ser tratada en esta instancia.

En consecuencia, al no derivar perjuicio alguno para la actora de la sentencia de Cámara impugnada, el recurso de inconstitucionalidad en lo que refiere a este planteo no puede prosperar. Ello me exime de pronunciarme sobre las posibles omisiones en que habría incurrido el tribunal *a quo* en cuanto al tratamiento de la apelación adhesiva de la actora.

3. En mérito a lo anteriormente expuesto, atento la inexistencia de un gravamen concreto y actual en cabeza del recurrente, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Carlos Alejandro Herrera promovió acción de amparo "…contra la disposición 198-DGLIC-09 mediante la cual se deniega la renovación de mi licencia de chofer profesional D2, motivando el acto en las previsiones de la ley 2148" (fs. 1). En la misma oportunidad procesal, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148.

La impugnación del acto administrativo fue acogida por el juez de primera instancia que declaró su nulidad (fs. 93/98), solución que los jueces *a quo* confirmaron (fs. 123/124).

2. Con la declaración de nulidad del acto administrativo, la única pretensión subsistente en estas actuaciones se dirige a que se controle la constitucionalidad de los arts. 3.2.14 y 3.2.15 de la ley 2148.

La impugnación constitucional de ese texto legal —que vino a fundar la petición principal, y es presentada ahora como un componente autónomo del objeto de la demanda— no constituye una causa capaz de habilitar la competencia del Poder Judicial de la Ciudad (art. 106 de la CCBA).

Los tribunales no pueden declarar la inconstitucionalidad de normas en abstracto, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda aplicárselas.

Las objeciones constitucionales que el recurrente realiza al sistema de otorgamiento de licencias a personas con antecedentes penales ya no aparecen ligadas al control de legalidad de un acto o procedimiento administrativo determinados, ni se persigue en autos medida judicial alguna que deba fundarse en la pretendida declaración de inconstitucionalidad.

3. Por lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso. Costas en el orden causado.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora ha sido mal concedido por la Cámara, en atención a la inexistencia de un gravamen concreto y actual en cabeza del recurrente.

A partir de lo resuelto por los jueces de la causa en el *sub examine*, ha quedado expedita la vía para que el actor incite el procedimiento orientado al dictado del acto administrativo pertinente que decida su solicitud —vinculada a la obtención de un registro profesional de conductor— de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias que disciplinan la materia.

Dado que la Administración, según se ha explicado en precedentes similares al presente (conf. este Tribunal *in re* "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4888/06, sentencia del 21/3/2007), a partir de lo dispuesto en la ley 2148, no se encuentra obligada a decidir en sentido contrario a los intereses del accionante, es posible colegir que los agravios vinculados a la inconstitucionalidad de ciertos preceptos del aludido plexo legal remiten, en la actualidad, a la consideración de una cuestión abstracta o, en el mejor de los casos, hipotética o conjetural —tal como lo indican en sus votos respectivos mis colegas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Carlos Alejandro Herrera.

2º. *Imponer* las costas por su orden.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

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

CCXXXV

"CAMPBELL, COLIN MUNRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/CAMPBELL, COLIN MUNRO S/EJECUCIÓN FISCAL —INGRESOS BRUTOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. JUICIO EJECUTIVO: Sentencia definitiva. Rechazo del pedido de levantamiento de embargo.

SUMARIO:

1. El pronunciamiento que rechazó el pedido de levantamiento de embargo decretado en el marco de un juicio ejecutivo durante la etapa de ejecución de sentencia, no constituye, la sentencia definitiva, y sólo cabe, por regla, equiparar tales decisiones a una de la especie mencionada, a los fines del recurso de inconstitucionalidad, cuando lo decidido en ellas implica un apartamiento palmario de lo dispuesto en la sentencia definitiva, en cuyo caso la parte recurrente debe comenzar por demostrar que la decisión cuya revisión pretende constituyó un apartamiento de las características indicadas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 7078/10 - 22/9/2010

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) —encontrándose firme la sentencia que mandó llevar adelante el juicio ejecutivo iniciado por su parte ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, con la finalidad de obtener el cobro de ciento treinta mil ochocientos ochenta y cuatro pesos ($ 130.884), en concepto de multa cargo nº 60/02, conforme resol. 4873/DGR/01— solicitó que se procediera a decretar el embargo de fondos y valores que el ejecutado tuviese depositados en el sistema financiero hasta cubrir el monto de la demanda y lo que se presupuestase provisoriamente para responder a intereses y costas (fs. 8).

2. El juez de primera instancia, accedió a la medida requerida por el GCBA (fs. 9). Frente a ello, el ejecutado pidió la suspensión del embargo decretado, con sustento en que aún no se había resuelto en definitiva el planteo de prescripción formulado contra la acción promovida por el GCBA para obtener el cobro de la deuda determinada por diferencias en el impuesto sobre los ingresos brutos —en la causa caratulada "GCBA c/Campbell, Colin Munro s/ejecución fiscal", expte. EJF nº 733.858/0— y que, por lo tanto, resultaba improcedente el reclamo de la multa cuando todavía no se hallaba firme la existencia de la obligación tributaria

que motivó su aplicación (fs. 10/11 vta.). Este pedido fue rechazado por el juez de grado (fs. 12/13).

3. Contra dicha decisión, se alzó el Sr. Campbell (fs. 14 y vta. y fs. 16/23). Una vez contestados por el GCBA los agravios planteados por el ejecutado (fs. 25/27), la Sala I de la Cámara CAyT resolvió "…[r]echazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida en todo cuanto ha sido materia de apelación y agravio. Costas de la alzada a cargo de la recurrente, en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 63 y 449, CCAyT)…" (fs. 29/30 vta.).

Para así decidir, tuvo en cuenta que la prescripción de la obligación tributaria emergente de las diferencias determinadas en materia del impuesto sobre los ingresos brutos, no afectaba de manera alguna la exigibilidad de la multa, pues no tenía como consecuencia la extinción de la deuda, sino únicamente la pérdida de la posibilidad de reclamarla judicialmente. Concluyó, por tanto, que de ningún modo podía sostenerse —en atención a lo establecido por el art. 67 del C.F. t.o. 2001— que la prescripción de pagar un impuesto aparejase *per se* la extinción de la obligación de pagar la multa; la que, por lo demás, había sido reconocida en una sentencia judicial que se encontraba firme.

4. Disconforme el Sr. Campbell planteó recurso de inconstitucionalidad (fs. 31/40 vta.), el que luego de contestado el traslado respectivo por parte del GCBA (fs. 42/56), fue desestimado por la Cámara por no dirigirse contra un pronunciamiento definitivo, no haberse acreditado que las cuestiones resueltas fueran susceptibles de causarle un grave perjuicio al recurrente, ni configurarse un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 57/58). Tal circunstancia motivó la queja que se trae ante estos estrados (fs. 62/69 vta.).

En dicho recurso el ejecutado sostiene que: *a)* de no considerarse definitiva la sentencia que recurre se establecería "…la posibilidad de una doble sanción, la de la multa y la de los años futuros de peregrinaje judicial para obtener la devolución y reparación de un caso que puede ser resuelto en este proceso evitando un daño injusto…"; *b)* el monto reclamado es inmenso para un patrimonio personal; *c)* es un profesional que vive de su trabajo de cada día (despachante de aduana) y que si "…fuera expuesto a la carencia de bienes para continuar con mi giro comercial y así sometiere a mi familia a la falta de sustento común como mío personal, todos esos años que prédica el resolutorio como una oportunidad no será más que condena adicional a la quita del dinero…". Califica de arbitrario y violatorio de garantías constitucionales individuales (derecho a la libertad, al debido proceso y al patrimonio) el pronunciamiento impugnado, en tanto considera que no podría perseguirse una multa cuando —según afirma— se verificase la inexistencia del tributo.

5. El fiscal general adjunto propicia el rechazo de la presentación directa, en tanto los pronunciamientos dictados durante la etapa de ejecución de sentencia no constituyen, como regla general, sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La parte recurrente no muestra que su recurso de inconstitucionalidad haya sido mal denegado. Ello así, toda vez que la sentencia contra la que se dirige ese recurso no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, ni la parte recurrente ha acreditado, como se verá en lo que sigue, que corresponda equipararla a una de esa especie.

2. El pronunciamiento que la parte recurrente pretende sea revisado es el que rechazó el pedido de levantamiento de embargo decretado en el marco de un juicio ejecutivo durante la etapa de ejecución de sentencia. Esas decisiones, las adoptadas durante la etapa de ejecución, no constituyen, la sentencia definitiva, y sólo cabe, por regla, equipararlas a una de la especie mencionada, a los fines del recurso de inconstitucionalidad, cuando lo decidido en ellas implica un apartamiento palmario de lo dispuesto en la sentencia definitiva (conf. *mutatis mutandi* los precedentes de la CSJN publicados en *Fallos,* 240:275; 308:122, entre muchos otros).

En ese marco, la parte recurrente debió comenzar por demostrar que la decisión cuya revisión pretende constituyó un apartamiento de las características indicadas, cosa que no ha hecho.

El argumento en torno al que giran todos sus planteos consiste en sostener que la Ciudad no podría perseguir el cobro de una multa luego de que fue decretada la prescripción de sus facultades para exigir el pago de la obligación tributaria cuyo ocultamiento dio ocasión a esa multa; cuestión que, por lo demás, fue resuelta por los jueces de mérito con apoyo en lo dispuesto en leyes locales no constitucionales, el art. 67 del C.F., t.o. 2001, sin que la parte recurrente demuestre que esa decisión resulte insostenible.

Por su parte, el Sr. Campbell tampoco ha acreditado que hubiera puesto a la Cámara en el deber de tener que analizar la tacha de inconstitucionalidad de ese artículo que hoy formula (véanse fs. 35 vta.), lo que lleva a tener a esa tacha por tardíamente introducida.

3. Finalmente, cabe agregar que la parte no ha alegado que la sanción cuyo cobro aquí se persigue no se encuentre firme.

Por lo expuesto, y conforme lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar el recurso de queja impetrado por Colin Munro Campbell.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del Sr. Campbell fue interpuesta oportunamente. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad deducido por el demandado contra la decisión que confirmó el rechazo de su pedido de suspensión del embargo (ejecutorio) decretado en el marco de una ejecución fiscal durante la etapa de ejecución de la sentencia de trance y remate.

Los magistrados expresaron:

i) que —como regla general— las sentencias dictadas en juicios ejecutivos no tienen carácter definitivo y que el recurrente no había demostrado que el pronunciamiento impugnado le causara un perjuicio irreparable;

ii) que la resolución atacada podía ser objeto de críticas jurídicas pero no resultaba "(...) autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 58); y

iii) que el recurso no estaba debidamente fundado, por lo que no lograba exponer un caso constitucional.

3. De los argumentos del auto denegatorio que fueran motivo de crítica del quejoso, consideraré inicialmente el vinculado a la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable, por cuanto la ausencia de dicho recaudo de admisibilidad formal define el rechazo por el Tribunal del recurso intentado por el ejecutado.

Anticipo que, tal como lo señala el señor juez de trámite, el accionado no demuestra que la decisión de fs. 29/30 vta. sea definitiva o asimilable (art. 27, ley 402).

El contribuyente afirma:

i) que de no hacerse lugar a la equiparación que pretende, se convalidaría la imposición de una doble sanción: "(...) la de la multa y la de los años futuros de peregrinaje judicial para obtener la devolución y reparación de un caso que puede ser resuelto en este proceso evitando un daño injusto" (fs. 62 vta.);

ii) que la ejecución de la condena lo llevaría a la cesación de pagos, al ser "(...) un profesional que vive de su desempeño personal exclusivamente, tal es la actuación de despachante de aduana" (fs. 65 vta.);

iii) que "(...) existe un verdadero obstáculo para luego iniciar una acción de repetición contra el Estado", a saber, que "[e]l patrimonio de un ciudadano particular no tiene tan larga elasticidad para afrontar años de litigio"; y

iv) que se podría solicitar la remisión de los autos en los que se dictó la prescripción de la acción del Fisco para perseguir el cobro del tributo reclamado, pues como consecuencia de ese fallo el Gobierno carecería —a criterio del Sr. Campbell— de facultades para imponerle una multa.

Las escasas manifestaciones reseñadas, por sí solas, son insuficientes para demostrar la existencia de un gravamen irreparable que permitiera considerar definitivo al pronunciamiento recurrido, dictado en la etapa de ejecución de una sentencia de trance y remate firme.

Como he señalado *in re* "Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal'" (expte. n° 2690/03), "corresponde exigir un mayor énfasis en la carga de alegación que pesa sobre quien deduce el recurso, pues debe aportar argumentos suficientes respecto de por qué la decisión que se pone en crisis priva al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos, le impide el replanteo de la cuestión en otro juicio o le causa un gravamen de imposible o

insatisfactoria reparación ulterior. El recurrente no cumple ninguna de estas cargas y esa omisión, en función del principio dispositivo, no puede ser suplida por este Tribunal".

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 62/69 vta.

Los jueces José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Colin Munro Campbell.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

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

CCXXXVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO
EN: 'GCBA C/EDIFICADORA
CARRIED S.A. S/EJ. FISC. – AVALÚO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caducidad de instancia. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La interpretación del cómputo del plazo de caducidad y la valoración de los actos procesales que impulsan el proceso son cuestiones procedimentales infraconstitucionales, cuya resolución corresponde a los jueces de la causa, y resultan ajenas a la vía extraordinaria del art. 27 de la ley local 402. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Los planteos ensayados por el Fisco para evitar la declaración de perención de la instancia merecieron respuesta en las resoluciones dictadas en las instancias ordinarias, las que no se presentan como irrazonables ni arbitrarias, y el recurrente no aporta ninguna razón que logre poner en crisis los argumentos de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, centrados en que el debate estuvo referido a la

interpretación de cuestiones de hecho y a la aplicación de normas infraconstitucionales, vinculadas con el instituto de la caducidad de instancia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6939/09 - 22/9/2010

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/3 vta., el GCBA inició ejecución fiscal contra quien resulta propietario del inmueble ubicado en la calle Av. Gral. Las Heras nº 3525 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el cobro de la suma de $ 80.021,70, en concepto de diferencia en contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos y Aceras y Ley nacional 23.514, con más los intereses y costas a la fecha del efectivo pago.

A fs. 120/124 vta. se presentó la demandada, Edificadora Carried S.A., acusó caducidad de instancia y opuso excepciones de inhabilidad de título, de prescripción y de pago parcial en subsidio, cuyo traslado fue contestado por la actora (fs. 129/150).

2. La señora jueza de primera instancia resolvió "hacer lugar a la caducidad de instancia impetrada, con costas…". Para resolver de esta forma, consideró que desde el auto de intimación de pago (de fecha 26/10/2005) hasta que la actora dejó cédula a confronte (el 15/6/2006), transcurrió el plazo de seis meses previsto en el Código de rito.

En tal sentido afirmó que "[de] una simple compulsa del sistema informático surge que la cédula de intimación de pago fue generada en el mismo dos veces —con fecha 10/11/2005 código nº 1317646 y 14/11/2005 código nº 1320166—". Esta última cédula fue la presentada para su confronte el 15/6/2006.

Por otra parte, respecto del escrito presentado por la actora donde solicitó la publicación de la cédula en la red informática, la Jueza destacó que dicho libelo fue presentado el día 15/11/2005 en otro expediente, tal como lo reconoció la actora al afirmar que por un error involuntario consignó mal el número de expediente y la Secretaría.

En síntesis, la magistrada de grado no encontró motivos atendibles que demuestren por qué la actora recién acompañó la cédula de intimación, generada en tiempo y forma, pasado el lapso de seis meses establecido en el CCAyT.

3. Apelada la resolución por la ejecutante (fs. 162), y contestados los agravios de fs. 166/174 vta. por la demandada (a fs. 179/181), la Cámara resolvió "[c]confirmar la sentencia de primer instancia en cuanto declara perimida la instancia de grado, con costas a la actora" (fs. 196/197).

4. A fs. 200/210 el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, el cual fue contestado a fs. 214/215 por la demandada.

La Cámara de Apelaciones del fuero resolvió declarar inadmisible la impugnación constitucional (fs. 217/218), lo que dio lugar a la presente queja (fs. 36/44 de la queja).

5. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo de la queja deducida (fs. 70/71 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la demandada cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 LPTSJ, pero no puede prosperar ya que, a pesar de sus esfuerzos, no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para declarar la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional y de arbitrariedad.

2. La interpretación del cómputo del plazo de caducidad y la valoración de los actos procesales que impulsan el proceso son cuestiones procedimentales infraconstitucionales, cuya resolución corresponde a los jueces de la causa, y resultan ajenas a la vía extraordinaria del art. 27 de la ley local 402.

Sin perjuicio de las garantías constitucionales que el recurrente consideró afectadas, lo cierto es que no logró demostrar de qué manera se configuraría un caso constitucional (entendiendo por tal a la causa en la que se controvierte la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la Ciudad). En este sentido, tiene dicho el Tribunal 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. "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.).

3. Tampoco puede considerarse arbitraria la sentencia recurrida, toda vez que se basa y fundamenta en la constatación del cumplimiento del plazo de caducidad, que surge palmariamente de la causa.

Es jurisprudencia estable de este TSJBA 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). Por lo tanto, que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y

serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

En el caso, los jueces de la causa motivaron su decisión con argumentos serios, mediante los cuales respondieron de manera fundada a cada planteo de la parte actora. Por ello, no cabe descalificar la sentencia como carente de lógica, autocontradictoria o de insuficiente fundamentación, toda vez que ha sido debidamente motivada en circunstancias propias de la causa; y el quejoso se limitó a manifestar una mera disconformidad con la decisión impugnada, sin argumentar seriamente respecto de los defectos que, a su juicio, la viciarían de arbitrariedad.

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja.

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

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del Gobierno fue interpuesta oportunamente. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara no admitió el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA contra la decisión que confirmó la declaración de la caducidad de la instancia de grado.

En primer lugar, los magistrados explicaron que la sentencia atacada era equiparable a definitiva por haberse cumplido el plazo de prescripción de la acción fiscal.

Seguidamente, los jueces indicaron:

i) que el actor sólo discrepaba con la interpretación adoptada respecto de normas infraconstitucionales;

ii) que en la resolución recurrida "(...) se evaluó y estableció la interpretación asignada a cuestiones de hecho y la normativa que las rige, referidas al instituto de la caducidad de instancia", y que esa tarea "(...) fue producto del análisis de las constancias de la causa, de los planteos y defensas articuladas..." (fs. 28 vta.);

iii) que el recurso del ejecutante no llegaba a construir un caso constitucional; y

iv) que la Ciudad sólo disentía "(...) con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego y con la valoración de la prueba aportada...", pero no demostraba cuáles eran los vicios del pronunciamiento impugnado (fs. 29).

3. El quejoso manifiesta que la Sala II afectó el derecho de propiedad y la defensa en juicio, pues:

i) "(...) convalidó el incumplimiento por parte del juzgado de primera instancia de la obligación que le imponía la resol. 499/00 del Consejo de

la Magistratura de publicar la cédula que debía ser confeccionada por el mandatario y que por un error del Juzgado había sido publicada en el listado de cédulas de otro mandatario...” (fs. 39, destacado en el original);

ii) “(...) le negó virtualidad y aptitud interruptiva a un escrito presentado en término pidiendo la publicación de la cédula y que por error del tribunal había sido agregado en otro expediente...” (fs. 39, destacado en el original).

Como lo advierte la señora jueza de trámite en el punto 1 de su voto, los señalamientos reseñados son insuficientes para rebatir el auto denegatorio de fs. 28/29 vta.

Los planteos ensayados por el Fisco para evitar la declaración de perención de la instancia merecieron respuesta en las resoluciones dictadas en las instancias ordinarias, las que no se presentan como irrazonables ni arbitrarias. Y, por su parte, el recurrente no aporta ninguna razón —más allá de su comprensible discrepancia con un pronunciamiento desfavorable— que logre poner en crisis los argumentos de la denegatoria de fs. 28/29 vta., centrados en que el debate estuvo referido a la interpretación de cuestiones de hecho y a la aplicación de normas infraconstitucionales, vinculadas con el instituto de la caducidad de instancia.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, las deficiencias del recurso directo intentado sellan su suerte adversa.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 36/44.

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 por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CCXXXVII

"PARAGUAY 701 S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PARAGUAY 701 S.A. C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Prescripción de la acción.
Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Las cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas que rigen la prescripción de las acciones de responsabilidad entabladas contra el Estado local, por regla, no suscitan una cuestión constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. La determinación del plazo de prescripción liberatoria aplicable en la especie y la fijación del momento de su nacimiento —para efectuar el respectivo cómputo— remite a una cuestión que, en principio, deben decidir los jueces de la causa; y la discrepancia de la recurrente no alcanza para rebatir todas las razones brindadas en la sentencia apelada para definir el punto, motivo por el cual el pronunciamiento de la Cámara —más allá de su acierto o error— cuenta con fundamentos de derecho infraconstitucional dados a partir de la valoración de las circunstancias comprobadas de la causa que lo sustentan como acto jurisdiccional válido. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

Expte. SACAyT n° 6935/09 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Paraguay 701 S.A. inició, con fecha 5/7/2007 (conf. cargo de fs. 19 vta., autos principales), demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del dictado de normas que "rezonificaron" la parcela de terreno donde se encuentra el inmueble de su propiedad —Av. Pte. Figueroa Alcorta 7202 esquina Leopoldo Basavilbaso 901—, dejándola ubicada en "zona UP" y quitándole toda posibilidad de explotación comercial, fin para el cual habría sido adquirido (fs. 1/19 vta., autos principales). Asimismo, solicitó que se deslinde o desafecte de dicha "zona UP" al inmueble de su propiedad. Consideró inconstitucionales las normas cuestionadas y cuantificó los daños en la suma de $ 3.471.600. Estimó que el caso remite a un supuesto de responsabilidad extracontractual cuyo plazo de prescrip-

ción sería el de 10 años previsto en el art. 4023 del Cód. Civil (fs. 3 vta./4, autos principales).

Posteriormente, el actor amplió la demanda y denunció como confiscatorio el aumento del impuesto de ABL dispuesto por la ley 2568 (fs. 117/122, autos principales).

2. La Procuración General de la Ciudad opuso, entre otras defensas, la excepción de prescripción fundada en el art. 4037, Cód. Civil (fs. 146/158, autos principales).

3. La jueza de primera instancia admitió la excepción de prescripción opuesta por la demandada (fs. 175/177 vta., autos principales). Para así decidir consideró que el caso planteaba un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legislativa y que el término para interponer la acción es de dos (2) años, de conformidad con lo dispuesto por el art. 4037 del Cód. Civil —a su criterio, aplicable supletoriamente en este caso—. Asimismo, entendió que el cómputo del plazo indicado debía efectuarse a partir del momento en que se produjo el daño, por lo que estaba holgadamente vencido al plantearse la demanda; su inicio habría operado el día 11/11/1997, con la publicación en el *BOCBA* nº 321, de la ordenanza 51.884/97, que afectó como Distrito UP a la fracción donde se emplaza el inmueble de la actora. Por último, descartó que otras actuaciones judiciales invocadas por la actora como interruptivas del curso de la prescripción poseyeran esos efectos, ya que su objeto era diferente del planteado en autos. Negó, además, que la doctrina de la "ilegalidad continuada" invocada por la actora resultara aplicable al caso.

4. Ambas partes apelaron la sentencia (la actora expresó agravios a fs. 185/198 vta., autos principales y la demandada lo hizo a fs. 200/205, autos principales). La Sala II de la Cámara CAyT rechazó los recursos de apelación interpuestos y confirmó la sentencia apelada, declarando prescripta la acción incoada (fs. 234/236 vta. y aclaratoria de fs. 243, autos principales).

La Cámara sostuvo que la regulación del plazo de prescripción de la responsabilidad del Estado era un asunto local. Ante la falta de una norma local específica sobre el punto, consideró que debía buscarse la solución en otras normas del derecho público local que fijaran plazos de prescripción para situaciones análogas. Así, dispuso aplicar el plazo de cinco (5) años previsto en el derecho público local para otros supuestos en los que el Estado debe responder patrimonialmente; plazo que, por otro lado, estimó un tiempo razonable para que los particulares pudieran formular sus demandas.

Finalmente, el tribunal *a quo* consideró que el plazo de prescripción comenzó a correr cuando la actora tomó efectivo conocimiento de la rezonificación dispuesta por la ordenanza 51.884/97. En tal sentido, se tuvo en cuenta que la aquí actora contestó demanda en los autos "GCBA c/Paraguay 701 S.A. s/aut. adm. actora —otros", expte. nº 3245/0, el día 16/11/2001, de donde surge que, en ese entonces,

ya tenía conocimiento de la medida cuestionada y del modo en que esa decisión la afectaría. A partir del apuntado razonamiento, se concluyó que, al haberse interpuesto la demanda el día 5/7/2007, la acción ya estaba prescripta.

5. Frente a esta decisión, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 247/259 vta.) que fue contestado por la contraria (fs. 263/272 vta.).

Sostuvo la recurrente que la sentencia apelada no se expidió sobre su planteo de inconstitucionalidad de la norma que dispuso la rezonificación y sobre el pedido de desafectación del predio de la zona UP, circunstancias que gravitaban sobre el cómputo del plazo de prescripción aplicable en la especie. Agregó que por plantearse una ilegalidad continuada el plazo de prescripción no comenzó a correr, que su parte realizó un ejercicio continuo de su derecho que impide considerar prescripta la acción y que el inicio del plazo de prescripción debe partir desde la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas. Sostuvo también que el plazo de prescripción aplicable era el de diez (10) años.

Por otra parte, cuestionó la forma de integración normativa efectuada por la Cámara y requirió la aplicación del art. 4023 del Cód. Civil de acuerdo con lo resuelto por la CSJN en el caso "Laplacette", de 1943 (*Fallos,* 195:66).

6. Ante la denegatoria del remedio intentado decidida por la Cámara (fs. 288/290, autos principales), Paraguay 701 S.A. dedujo una queja ante el Tribunal (fs. 151/164).

7. El fiscal general adjunto se pronunció por el rechazo de la queja interpuesta (fs. 179/180 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja deducida por la actora cumple con los requisitos comunes, propios y formales que estatuye la ley 402. El remedio intentado se articula contra una sentencia equiparable a definitiva emanada del tribunal superior de la causa que ha resultado contraria a la pretensión del recurrente. Sin embargo, la cuestión planteada no involucra aspectos constitucionales que el Tribunal deba decidir.

2. Aunque la recurrente invoca la afectación del derecho de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 13 inc. 3°, CCBA) a raíz de la interpretación irrazonable de las normas en juego que, desde su punto de vista, ha efectuado la sentencia objetada, el agravio básico que contiene el recurso se vincula con el tratamiento que los jueces de la causa han dado a la excepción de prescripción de la acción que planteara oportunamente el GCBA.

En efecto, la Sala II de la Cámara CAyT consideró que la prescripción para accionar judicialmente en casos en los que se encuentra en juego la responsabilidad del Estado es un asunto de derecho público local y que el plazo de cinco (5) años como término de prescripción de la acción es aplicable a estas actuaciones, porque

aquel respeta las atribuciones locales de la Ciudad de Buenos Aires de tener sus propias normas en materia de responsabilidad.

La recurrente, Paraguay 701 S.A., alega por su parte que el caso trata sobre un supuesto de responsabilidad extracontractual por la inconstitucional actividad normativa del Estado y que, además, la acción —en contra de lo afirmado por la Cámara— prescribiría a los diez (10) años en virtud de lo dispuesto por el art. 4023, Cód. Civil. También sostiene que el plazo no ha comenzado a correr por la ilegalidad continuada de la conducta estatal, por el ejercicio continuo del derecho por su parte y porque debe computarse el plazo desde la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, que los tribunales anteriores omitieron considerar.

3. En estos términos, entiendo aplicable al caso la doctrina de este Tribunal que afirma que las cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas que rigen la prescripción de las acciones de responsabilidad entabladas contra el Estado local, por regla, no suscitan una cuestión constitucional [voto de la mayoría, *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. nº 3260/04, sentencia del 16/3/2005"].

Ello sin perjuicio de lo expresado por el suscripto en voto disidente en el precedente citado, pues es claro que en el *sub lite* no se advierte la *autocontradicción* que aquél contenía y me llevara a abrir la instancia recursiva extraordinaria —en aquel precedente, el voto mayoritario de la sentencia de la Cámara de Apelaciones encuadraba el caso como un supuesto de responsabilidad *contractual* del Estado y, seguidamente, uno de sus integrantes identificaba como factor de atribución de la responsabilidad una "falta de servicio" con apoyo en el art. 1112, Cód. Civil.

Así, en el caso objeto de estudio, todo lo concerniente a la determinación del plazo de prescripción liberatoria aplicable en la especie y a la fijación del momento de su nacimiento —para efectuar el respectivo cómputo— remite a una cuestión que, en principio, deben decidir los jueces de la causa; y la discrepancia de la recurrente no alcanza para rebatir todas las razones brindadas en la sentencia apelada para definir el punto, motivo por el cual el pronunciamiento de la Cámara —más allá de su acierto o error— cuenta con fundamentos de derecho infraconstitucional dados a partir de la valoración de las circunstancias comprobadas de la causa que lo sustentan como acto jurisdiccional válido.

4. Cabe añadir que no se trata el presente caso de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, ya que los argumentos brindados por el tribunal *a quo* —reitero, más allá de su acierto o error— no pueden ser descalificados por resultar infundados o caprichosos.

En este punto resulta enteramente aplicable la reiterada doctrina del Tribunal que afirma que, "bajo la designación de arbitrariedad, la [recurrente] tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir (...) razones de índole constitucional. La circunstancia de que la 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 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss.).

5. De todos modos, *obiter dicta*, más allá de que en el *sub lite* no se satisfacen los recaudos para abrir la queja interpuesta, me permito recalcar que, sin perjuicio de la decisión a la que arribo, sigo adscribiendo a los conceptos que fundamentaron mi voto en la causa "Verseckas" (ya citada), donde sostuve que "la responsabilidad del Estado es un tema de naturaleza eminentemente local y la Ciudad de Buenos Aires, dentro de su ámbito constitucional de autonomía (art. 129 de la ley fundamental), posee las atribuciones normativas necesarias para regularlo. Corrobora tal temperamento el hecho de que sean numerosas las jurisdicciones provinciales que contienen previsiones básicas sobre la materia, incluso a nivel constitucional (v. gr. Catamarca, arts. 47 y 48; Chaco, art. 76; Córdoba, art. 14; Formosa, art. 25; Jujuy, art. 10; La Rioja, art. 48; Misiones, art. 80; Río Negro, arts. 55 y 56; Salta, art. 5º; San Juan, art. 43; Santa Fe, art. 18, y Tierra del Fuego, art. 188)". A lo que agregué más adelante: "Considero, sin embargo, que más allá de la solución legislativa que pueda brindar la Ciudad al momento de superar en el futuro la vacancia normativa que se contempla, la aplicación actual de las disposiciones del Código Civil permiten zanjar la cuestión, aun cuando la parte demandada sea una provincia —o, para el caso, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— (…). Así, a falta de una norma estrictamente afín con el tema en el derecho público local, y sin que ello importe abdicar de la autonomía y de la potestad normativa de la Ciudad para regular tales supuestos, corresponde llenar el vacío recurriendo, de manera supletoria, a la regulación específica que dicho código de fondo contiene en materia de prescripción liberatoria para entablar la acción de daños y perjuicios. Por consiguiente, se impone declarar que el plazo de prescripción que debe aplicarse hoy en la causa es el de *dos (2) años*, conforme a lo previsto en el art. 4037 del Cód. Civil, computado a partir del momento en que el perjudicado tomó conocimiento real y efectivo del hecho ilícito y del daño proveniente de él" (el destacado ha sido añadido).

5.1. No se discute en la presente causa que el acto cuestionado —en el que se funda la reclamación indemnizatoria— corresponde a la actividad normativa del Estado local. Es, entonces, un supuesto de responsabilidad *extracontractual*, como fue reconocido por la propia actora a lo largo del juicio. A lo que cabe añadir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ocuparse de la prescripción liberatoria, ha resuelto que "el plazo de la acción por responsabilidad extracontractual de la administración es de dos años a partir del momento de producido el daño, conforme al art. 4037 del Cód. Civil..." (*in re* "Carlos L. Molteni v. Nación Argentina", sentencia del 29/6/1989, *Fallos,* 312:1063). También cabe precisar, a todo evento, que el Alto Tribunal ha señalado que: "Después de la reforma introducida por la ley 17.711, el nuevo texto legal [art. 4037] es más amplio que el anterior pues abarca no

sólo la responsabilidad por hechos ilícitos sino también *todos los supuestos posibles de responsabilidad civil extracontractual*" (CSJN, *in re* "Juan Silvano Cipollini v. Dirección Nacional de Vialidad y otra", sentencia del 2 de marzo de 1978, *Fallos,* 300:143; sin destacar en el original).

5.2. Despejada la cuestión referida al plazo de prescripción aplicable, los restantes agravios se dirigen a cuestionar la forma en que debe efectuarse el cómputo del mismo en este caso concreto. Pero, como se dijo, dilucidar cómo computar el comienzo del plazo de la prescripción liberatoria es, por regla general, misión propia de los jueces de la causa; y la discrepancia de la recurrente en este caso concreto no alcanza para rebatir las razones brindadas en la sentencia apelada para indicar el *dies a quo*, decisión que, más allá de su acierto o error, cuenta con fundamentos expresos y razonados que impiden considerarla arbitraria.

Los agravios planteados, entonces, no sustentan un caso constitucional que permitan a la recurrente obtener la intervención revisora de este estrado, a partir de lo dispuesto por los arts. 113, inc. 3º, CCBA y 27 de la ley 402.

Por las consideraciones expuestas propicio rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora a fs. 151/164. La intimación para la integración del depósito que reclama el rechazo que aquí se decide queda supeditada a la suerte que corra el trámite de beneficio de litigar sin gastos iniciado (fs. 168).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el Dr. Casás en que la queja debe ser rechazada porque la parte actora no logra exponer ni una cuestión constitucional, ni una federal.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con la solución propiciada por el señor juez de trámite, Dr. José O. Casás, por los argumentos expuestos en los considerandos 1 a 4 inclusive de su voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el señor juez de trámite, José O. Cásas, en el sentido de que corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 151/163 vta.

2. Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros) y este recaudo que no se verifica en la causa.

En el capítulo V de la queja ("Crítica concreta y razonada al pronunciamiento recurrido"), el impugnante afirmó que el auto denegatorio posee tan solo "una fundamentación aparente" (fs. 157).

En apoyo de su postura, se limitó a expresar que en el recurso de inconstitucionalidad demostró eficazmente que la Cámara efectuó una interpretación

que transgrede derechos de índole constitucional al apartarse de las constancias obrantes en el expediente y prescindir de las normas que regulan el instituto de la prescripción.

La lectura del recurso directo es suficiente para probar que las manifestaciones del quejoso carecen de toda justificación, no alcanzan a superar el nivel de la mera discrepancia con la sentencia que emitiera la Cámara a fs. 108/110 vta. y no constituyen una crítica fundada del auto denegatorio, como lo exige el art. 33 de la ley 402.

3. En consecuencia, voto por rechazar la queja deducida a fs. 151/163 vta.

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 por Paraguay 701 S.A.

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

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

CCXXXVIII

"TRUCCO, MARGARITA TERESITA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TRUCCO, MARGARITA TERESITA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Negligencia en la producción de prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar en tanto el recurso de inconstitucionalidad no se dirige a cuestionar una sentencia definitiva, sino un pronunciamiento que, con apoyo en la valoración de cuestiones de hecho y de derecho procesal privativas de los jueces de mérito, confirmó la declaración de negligencia en la producción de parte de la prueba ofrecida por la actora. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. De acuerdo con las normas procesales en juego, la Cámara no se hallaba habilitada en ninguna de las dos oportunidades en las que intervino, para revisar la declaración de negligencia que emitiera la jueza de primera instancia, pues dicha competencia jurisdiccional está reservada para el supuesto en el cual el litigante

perjudicado por la declaración de negligencia objete, eventualmente, la sentencia definitiva de primera instancia, de modo que se expidió fuera de los límites expresamente establecidos en el Código de rito. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SACAyT n° 6881/09 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Margarita Teresita Trucco demandó al GCBA, a Jacobo Muhafra, a Jorge Luis Claramunt y a David Eduardo Budman por los daños que sufriera como consecuencia de su caída por el hueco de una escalera en el local 25 de la galería Pasaje Obelisco Norte (fs. 1/3 y fs. 26/36, salvo indicación en contrario, las fojas de los resultas corresponden a los autos principales).

El capital total reclamado es de pesos trescientos mil ($ 300.000), monto que se integra del siguiente modo: pesos treinta mil ($ 30.000) por daño emergente, pesos treinta mil ($ 30.000) por daño psicológico, pesos noventa mil ($ 90.000) por daño moral, pesos ciento veinte mil ($ 120.000) por incapacidad sobreviniente y pesos treinta mil ($ 30.000) por daño estético. La actora también requirió actualizaciones e intereses.

2. La demanda fue contestada por Jacobo Muhafra (fs. 55/66 vta.), el GCBA (fs. 69/98), David Eduardo Budman (fs. 133/138 vta.) y Jorge Luis Claramunt (fs. 176/179 y fs. 194).

Con posterioridad, Gabriel Muhafra, cuya citación como tercero fuera admitida por la jueza de grado (fs. 199), tomó intervención en autos y respondió la demanda (fs. 217/228).

Más tarde, la actora desistió de la acción y del derecho contra David Budman y Jorge Claramunt.

3. La jueza de primera instancia abrió la causa a prueba por el plazo de cuarenta días de conformidad con lo dispuesto en el art. 295 del CCAyT (fs. 249/250 vta.).

4. La apoderada del codemandado Jacobo Muhafra acusó la negligencia de la prueba pendiente de la parte actora (fs. 496).

El juzgado ordenó el traslado a la contraria de la presentación aludida arriba (fs. 497). La actora guardó silencio.

5. La jueza de primera instancia declaró la negligencia de la actora en la producción de la prueba informativa al Hospital Privado 24 de Septiembre y de la pericial de médico legista (fs. 503 y 503 vta.).

Señaló que el 3 de octubre de 2005 se abrieron los autos a prueba por el término de cuarenta (40) días y que dicho plazo venció sin que la accionante hubiese producido la prueba de referencia, manifestado inconvenientes para efectuar las diligencias, o solicitado ampliación de plazos.

Agregó que "[n]o obsta a lo antedicho la circunstancia de que la actora haya acreditado un diligenciamiento de oficio al Sanatorio 24 de Septiembre a fs. 495, y solicitado su reiteración a fs. 502. Tales diligencias han sido realizadas extemporáneamente, y no se da la circunstancia del art. 309 CCAyT, que permitiría purgar la negligencia, ya que al momento de dictarse la presente [resolución] la prueba informativa en cuestión no se encuentra agregada".

6. La actora interpuso reposición con apelación en subsidio (fs. 505/516 vta.).

7. La jueza de primera instancia desestimó la reposición por extemporánea y rechazó la apelación deducida en subsidio con fundamento en lo prescripto en el art. 303 del CCAyT (fs. 519).

8. La actora presentó una queja por apelación denegada ante la Cámara de Apelaciones que dio lugar a la formación del incidente n° 4268/03 "Trucco, Margarita Teresita c/GCBA s/queja por apelación denegada" (fs. 18/28 del incidente indicado).

En el marco del incidente aludido, la Sala II de la Cámara CAyT admitió la queja planteada (fs. 36 y 36 vta. del incidente n° 4268/3) con apoyo en los fundamentos que siguen:

El art. 303 del CCAyT establece el carácter de inapelables de las resoluciones del tribunal sobre producción, denegación y substanciación de las pruebas. Dicha norma contempla, para resguardar el derecho de defensa de las partes, la posibilidad de replanteo ante la instancia de alzada en oportunidad de abordar los recursos que se deduzcan contra la sentencia definitiva.

"Sin embargo, en el marco de esta causa, las pruebas cuya denegatoria se trata resultan *a priori* esenciales para la tramitación del juicio con utilidad".

"Denegar la apelación de la negligencia de la pericial médica cuando la pretensión del accionante es la reparación de los daños supuestamente infringidos por mala praxis (*sic*) y luego también hacerlo respecto de prueba referida al informe del Hospital Privado que, por otra parte, ya ha sido incorporada a la causa, no pareciera una solución razonable. Es que su consecuencia sería admitir el trámite de una causa sin pruebas que pudiesen resultar centrales y por tanto, si acaso asistiese razón al recurrente, le habría generado el perjuicio de acudir a un proceso inútilmente por la imposibilidad de acreditar los extremos que hagan admisible, eventualmente, su demanda".

"Respalda esta solución el derecho constitucional de defensa en juicio…".

"Asimismo, en resguardo de aquel surge el principio de *favor probationes* que supone que en caso de dudas deberá estarse en favor de la admisibilidad de la prueba".

"En la hipótesis de duda parecería preferible pecar por exceso antes que por insuficiencia en su proveimiento, dado que esta última circunstancia bien podría resultar irremediablemente frustratoria del reconocimiento de los derechos discutidos en la litis, a diferencia de la primera que, a lo sumo, podría implicar una demora en la tramitación de la causa".

9. En los autos principales y en atención a lo resuelto por la Cámara a fs. 36 del incidente n° 4268/03 (admisión de la queja por apelación denegada), la magistrada de grado concedió en relación el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por la actora (fs. 554).

Los agravios de la accionante fueron contestados por el codemandado Jacobo Muhafra (fs. 572/575).

La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia de grado que declaró la negligencia "…toda vez que la contestación del oficio y la presentación de la perito médica legista fueron posteriores a (…) [dicha] declaración [art. 309 del CCAyT]" (fs. 580 y 580 vta.). Las costas fueron impuestas a la vencida.

10. Margarita Teresita Trucco interpuso recurso de inconstitucionalidad que fundó en la doctrina de la arbitrariedad y en la afectación de los derechos y garantías que a continuación se enuncian: defensa en juicio, debido proceso, igualdad y propiedad (fs. 585/598).

El escrito de fs. 585/598 fue contestado por Aurora Noemí Habas (letrada apoderada del codemandado Jacobo Muhafra), Gabriel Muhafra (quien se remitió a lo manifestado por Jacobo Muhafra) y el GCBA (fs. 605/612, fs. 614 y fs. 619/627, respectivamente).

La Sala II de la Cámara CAyT declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 629/630) tras considerar que la resolución objetada no era definitiva ni equiparable, que la recurrente no había articulado un caso constitucional y que la sentencia no incurría en arbitrariedad. Las costas fueron impuestas a la vencida.

11. La actora recurrió en queja (fs. 65/84 vta. del expte. n° 6881).

El fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso directo (fs. 153/154 vta. del expte. n° 6881).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

I. Recurso de queja.

La lectura de la presentación directa permite advertir que la impugnante formuló una crítica plausible del auto denegatorio (art. 33 de la ley 402) por lo que es admisible y corresponde habilitar el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

II. Recurso de inconstitucionalidad.

1. La resolución impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad es equiparable a una sentencia definitiva. Como sostiene la recurrente "…la posibilidad de replanteo de la prueba denegada por ante la alzada, conforme lo dispone el código de rito, ha devenido obsolet[a] atento a que la Cámara ya se expidió en forma definitiva [y arbitraria] al respecto" (fs. 132 vta.).

2. Considero que el recurso de inconstitucionalidad logra plantear un caso constitucional fundado en la afectación del debido proceso.

La recurrente afirma —con acierto— que el trámite de la causa exhibe serias irregularidades, procesales y sustanciales, que vulneran gravemente el derecho constitucional indicado.

El examen de las actuaciones (descriptas en los resultas), a partir de las reglas procesales que definen el debido proceso, en particular aquellas que otorgan competencia a los jueces, confirman el criterio que sostiene la accionante.

De acuerdo con las normas procesales en juego, la Cámara no se hallaba habilitada en ninguna de las dos oportunidades en las que intervino (resoluciones de fs. 36 y 36 vta. del incidente n° 4268/3 y 580 y 580 vta. de los autos principales), para revisar la declaración de negligencia que emitiera la jueza de primera instancia.

Dicha competencia jurisdiccional está reservada para el supuesto en el cual el litigante perjudicado por la declaración de negligencia objete, eventualmente, la sentencia definitiva de primera instancia.

En consecuencia, la Sala II se expidió por fuera de los límites expresamente establecidos en el Código de rito.

Los arts. 309 y 231 inc. 2º del CCAyT confirman la postura que sostengo.

El art. 309 del Código citado prescribe: "Se desestima el pedido de declaración de negligencia cuando la prueba se ha producido y agregado antes de vencido el plazo para contestarlo. También, y sin sustanciación alguna, si se acusare negligencia respecto de la prueba (…) de peritos, antes de que hubiese vencido el plazo para presentar la pericia.

En estos casos, la resolución del/la juez/a es irrecurrible. En los demás, queda a salvo el derecho de los/las interesados/as para replantear la cuestión en la alzada, en los términos del art. 231, inc. 2º".

A su turno, el art. 231 inc. 2º —al que se remite el art. 309— establece lo siguiente: "Dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el artículo anterior [es decir, la providencia que ordena que el expediente sea puesto en la oficina luego de que fuera concedido el recurso de apelación respecto de la sentencia definitiva] y en un solo escrito, las partes tienen la carga de: (…). *2.* Indicar las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia, que tengan interés en replantear. La petición debe ser fundada y se resuelve sin substanciación alguna".

La competencia es un presupuesto procesal del que las partes y los jueces no pueden disponer.

La circunstancia de que la actora hubiese deducido una queja por apelación denegada contra la sentencia de primera instancia que declaró su negligencia en la producción de la prueba informativa y de la pericial médica, por tanto, no habilitaba a la Cámara a emitir un pronunciamiento por fuera del marco normativo descripto.

De allí que corresponda hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y declarar la nulidad de la resolución que emitiera la Sala II de la Cámara CAyT a fs. 36 y 36 vta. del incidente n° 4268/3 y de los actos procesales dictados en consecuencia.

3. La solución que propicio en mi voto deja a salvo la facultad de la actora de replantear ante la alzada las medidas probatorias respecto de las cuales medió la declaración de negligencia en primera instancia conforme lo disponen los arts. 309 última parte y 231 inc. 2º del CCAyT.

En atención a las contingencias procesales que han sido reseñadas arriba y a fin de resguardar la imparcialidad jurisdiccional, en lo sucesivo deberán intervenir otros magistrados en la alzada, si fuera el caso.

4. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por: *a)* admitir la queja interpuesta por la Sra. Margarita Teresita Trucco (fs. 65/84 vta. del expte. n° 6881), *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que planteara (fs. 585/598 de los autos principales), *c)* declarar la nulidad de la resolución que emitiera la Sala II de la Cámara CAyT a fs. 36 y 36 vta. del incidente n° 4268/3 y de los actos procesales dictados en consecuencia, *d)* dejar a salvo la facultad de la actora de replantear ante la Cámara, las medidas probatorias respecto de las cuales medió la declaración de negligencia en primera instancia (arts. 309 última parte y 231 inc. 2º del CCAyT), *e)* disponer que en lo sucesivo intervengan otros jueces en la alzada, si fuera el caso y, *f)* imponer las costas a las vencidas.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

La queja planteada no puede prosperar en tanto el recurso de inconstitucionalidad no se dirige a cuestionar una sentencia definitiva, sino un pronunciamiento que, con apoyo en la valoración de cuestiones de hecho y de derecho procesal privativas de los jueces de mérito, confirmó la declaración de negligencia en la producción de parte de la prueba ofrecida por la actora.

Aunque, la recurrente, para superar ese déficit, postula la arbitrariedad del pronunciamiento, no logra mostrar que las razones dadas por el *a quo* para admitir la queja por apelación denegada le imponían a ese tribunal hacer lugar a la apelación de la accionante destinada a revertir la declaración de negligencia resistida, ni muchos menos que, al admitir la queja referida, la Sala II de la Cámara CAyT hubiera directamente revocado esa declaración de negligencia. En tal sentido, más

allá de su acierto o error, la sentencia indicó la diversidad entre las circunstancias de hecho denunciadas en la queja como antecedentes del pleito (v. gr. mala praxis) y las verificadas al resolver la apelación (v. gr. lesiones sufridas en un local comercial) así como el alcance que, a su criterio, correspondía otorgar a las previsiones del art. 309 del CCAyT y, por ello, confirmó la declaración de negligencia impugnada. Por tanto, el recurso tampoco ha logrado acreditar la afectación de una garantía requerida de tutela inmediata que habilite equiparar la sentencia impugnada con una definitiva.

En suma, no se configura un supuesto que permita hacer excepción al recaudo mencionado, sin perjuicio de lo cual nada impide que al momento de cuestionarse la sentencia definitiva, de subsistir algún gravamen y reunidos los recaudos pertinentes, se requiera la intervención del Tribunal (art. 27 de la LPT).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* rechazar la queja deducida por la Sra. Trucco a fs. 65/84 vta., y *b)* hacerle saber a la recurrente que deberá informar al Tribunal el resultado al que se arribe en el expediente en el cual tramita el beneficio de litigar sin gastos oportunamente denunciado, dentro de los cinco (5) días de notificada la sentencia que lo resuelva —en atención a que la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 ha quedado sujeta a lo que allí se disponga, según lo dispuesto por la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, a fs. 120.

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 por Margarita Teresita Trucco.

2º. *Hacerle saber* a la recurrente que deberá informar al Tribunal el resultado al que se arribe en el expediente en el cual tramita el beneficio de litigar sin gastos oportunamente denunciado, dentro de los cinco (5) días de notificada la sentencia que lo resuelva.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue copia de esta sentencia al expediente principal y, oportunamente, se lo devuelva a la Sala remitente, permaneciendo la queja en Mesa de Entradas del Tribunal en atención a lo establecido en el punto anterior.

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

CCXXXIX

"ALFANO, JUAN CARLOS C/GCBA S/COBRO DE PESOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO: Requisitos. Equiparación salarial. Principio de congruencia. Pronunciamiento *extra petita*.

SUMARIOS:

1. No se verifica la violación al principio de congruencia toda vez que el objeto de la pretensión ha sido siempre el mismo, es decir, la equiparación salarial entre docentes históricos y transferidos, y dado que los accionantes impugnaron el dec. 1567/04, el *a quo* no falló *extra petita* al declarar la inconstitucionalidad de aquella norma. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Ha sido mal concedido el recurso de inconstitucionalidad pues los agravios del GCBA se ciñen a controvertir el alcance que los jueces de mérito entendieron correspondía acordarle a las pretensiones de la parte actora, cuestión que, por regla, resulta ajena a la competencia revisora de este Tribunal; sin muestre que corresponda hacerle excepción en el *sub lite*. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. SACAyT nº 7179/10 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 8/9/2000 Juan Carlos Alfano, Rodolfo Daniel Cappelletti, Viviana Adelaida Compiano, María Emilia Felpeto, Nicolás Galante, Gustavo Atilio Galichio, Gustavo Gabriel Guastadisegno, Gabriel Aníbal Larrea, José Movia, Silvina Movia, Luis Pagador Vonderheyde, Francisco Santamaría, José Luis Tamini, Liliana Noemí Trotta, Edgardo Eduardo José Vázquez, Marcelo Eduardo Vázquez, Omar Roberto Vázquez, Domingo Velardo y Rubén Ricardo Vilan, en su carácter de docentes transferidos de la Administración Nacional a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, "GCBA") por cobro de diferencias salariales adeudadas por la falta de equiparación de tareas y remuneración derivadas del incumplimiento del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales a la anterior MCBA (fs. 61/65).

Los accionantes manifestaron que fueron transferidos de la Escuela Nacional de Educación Técnica Nº 9 Ingeniero Huergo, donde se desempeñaron como

Maestros de Enseñanza Práctica, Maestros de Enseñanza Práctica Jefe de Sección y Ayudantes de Trabajos Prácticos.

Los actores señalaron que la Ciudad mantuvo una diferencia entre la remuneración de los docentes que históricamente revistaron en sus escuelas respecto de los transferidos desde el Gobierno nacional. Ello, con afectación del principio de igual remuneración por igual tarea. Asimismo, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del dec. 1203/93 por lesionar los arts. 14 bis, 17 y 31 de la C.N.

2. A fs. 148/156 el GCBA contestó el traslado de la demanda, solicitando su rechazo.

3. En primera instancia se resolvió: *i)* hacer lugar a la demanda interpuesta por Juan Carlos Alfano, Rodolfo Daniel Cappelletti, Viviana Adelaida Compiano, María Emilia Felpeto, Gustavo Atilio Galichio, Gustavo Gabriel Guastadisegno, Gabriel Aníbal Larrea, José Movia, Francisco Santamaría, José Luis Tamini, Liliana Noemí Trotta, Edgardo Eduardo José Vázquez, Marcelo Eduardo Vázquez, Omar Roberto Vázquez, Domingo Velardo y Rubén Ricardo Vilan, condenando al accionado a pagarles las diferencias salariales adeudadas, incluyendo el sueldo anual complementario, desde los cinco años anteriores al reclamo administrativo interpuesto hasta la fecha de su efectivo pago; *ii)* rechazar la demanda deducida por Nicolás Galante, Silvina Movia y Luis Pagador Vonderheyde, por no ser agentes transferidos de la jurisdicción nacional; y *iii)* imponer las costas en el orden causado (fs. 431/439).

La magistrada analizó el contexto histórico y normativo en que se llevó a cabo el proceso de traspaso del sistema de enseñanza media en la Ciudad y evaluó la prueba obrante en autos. También se refirió al dictado —con posterioridad al inicio de las presentes actuaciones— del dec. 1567/04, que otorgó un Adicional Sueldo Básico que los actores comenzaron a percibir desde el 1º/8/2004.

La sentenciante comparó el régimen salarial dispuesto para los docentes transferidos en el dec. 1203/93 y sus reglamentaciones (incluyendo el dec. 1567/04) con el sistema de las escuelas "históricas" (ordenanza 40.593 y sus modificaciones). Concluyó (fs. 436 vta.) que "(...) la cantidad de puntaje salarial que perciben [los docentes transferidos] por cada hora es sensiblemente menor al que tiene el personal que se desempeña en los cargos equivalentes del sistema de las escuelas municipales 'históricas'", lo que generaba diferencias salariales relevantes. Y destacó que como el Gobierno no demostró que esas diferencias estuvieran justificadas, quedaba acreditada la afectación del derecho de los accionantes a percibir igual remuneración por igual tarea.

En virtud de las consideraciones reseñadas, la jueza entendió (fs. 437) que "(...) el dec. 1203/93, al prever para los Maestros de Enseñanza Práctica, Maestros de Enseñanza Práctica —Jefe de Sección— y Ayudante Técnico de Trabajos Prácticos que se desempeñan en escuelas transferidas remuneraciones inferiores a las que perciben quienes realizan igual labor en establecimientos históricos, incurre en una desigualdad inconstitucional". En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad

de la norma por ser violatoria de la garantía de la igualdad y de la obligación de abonar la misma retribución por las mismas tareas. Asimismo, resaltó que en los considerandos del dec. 1567/04 se reconoce la situación de inequidad producida por la existencia de distintas remuneraciones al personal transferido por la ley 24.049 y a los agentes que siempre se desempeñaron en la jurisdicción local.

4. La parte actora, el demandado y la Fiscalía interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de grado.

A fs. 469/470 la fiscal de Cámara desistió de la apelación planteada por la fiscal de primera instancia.

Los accionantes se agraviaron de la tasa de interés que la jueza ordenó aplicar, de la imposición de costas en el orden causado, y del rechazo de la demanda respecto de los coactores Galante, Movia y Pagador Vonderheyde.

Por su parte, en su memorial de fs. 456/458 vta. el Gobierno dijo:

i) que la magistrada de primera instancia falló *extra petita* al hacer lugar al reclamo de diferencias salariales hasta el efectivo pago, pues a juicio del apelante se debió limitar la condena a la fecha de entrada en vigencia del dec. 1567/04;

ii) que los actores nunca impugnaron el dec. 1567/04, por lo que las diferencias salariales posteriores a su entrada en vigencia debieron ser rechazadas; y

iii) que la declaración de inconstitucionalidad del dec. 1203/93 no fue adecuadamente fundada.

5. La Sala I de la Cámara CAyT resolvió: *i)* rechazar el recurso de apelación de la Ciudad; *ii)* hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora con excepción de lo relativo a la tasa de interés aplicable, y *iii)* imponer las costas de ambas instancias al Gobierno (fs. 476/481).

En primer lugar y en lo que aquí importa, los jueces expresaron:

i) que (fs. 477 vta.) "(...) a efectos de cumplir con la ley 24.049 la Ciudad debió equiparar salarialmente a los docentes transferidos desde el ámbito nacional"; y

ii) que (fs. 477 vta.) "(...) no se encuentra controvertido en estos autos que los cargos de Maestro de Enseñanza Práctica (24 horas cátedra), Maestro de Enseñanza Práctica Jefe de Sección (24 horas) y Ayudante Técnico de Trabajos Prácticos (24 horas) que ocupan los docentes transferidos desde la órbita nacional son equivalentes a los de Maestro de Educación Práctica (módulos de 15, 12, 9, y 6 horas), Maestro Jefe de Educación Práctica (30 horas) y Ayudante de Clases Prácticas (módulos de 15 y 10 horas) que ocupan los docentes que históricamente revistieron en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, respectivamente".

Seguidamente, trataron el agravio del GCBA basado en que la jueza de grado supuestamente habría fallado *ultra petita.* Explicaron:

i) que los actores "(...) plantearon la inconstitucionalidad del dec. 1203/93, que estableció las remuneraciones que habrían de percibir los docentes transferidos desde la órbita nacional" (fs. 477 vta./478);

ii) que (fs. 478) "(...) con posterioridad al inicio de estas actuaciones, la propia administración reconoció la situación salarial discriminatoria respecto de los docentes transferidos y, por ello, dictó el dec. 1567/04 que otorga una asignación adicional respecto del personal regido por el dec. 1203/93 (art. 2º)";

iii) que los propios considerandos del dec. 1567/04 aluden a la necesidad de corregir "una situación de inequidad producida por la existencia de distinta remuneración por igual tarea", y de "dar respuesta a reclamos históricos del sistema, propendiendo así una distribución más igualitaria";

iv) que el dec. 1567/04 "no corrigió totalmente la situación de desigualdad salarial" (fs. 478);

v) que del anexo I del dec. 1567/04 surge que: *a)* mientras un Maestro Jefe de Educación Práctica histórico percibe un índice salarial de 50,3 puntos por hora cátedra, un Maestro de Enseñanza Práctica Jefe de Sección (cargo equivalente de los docentes transferidos) obtiene tan sólo 45 puntos por hora cátedra; *b)* un Maestro de Educación Práctica (histórico) recibe 55 puntos por hora cátedra en tanto que un Maestro de Enseñanza Práctica (transferido) sólo 41; y *c)* mientras un Ayudante de Clases Prácticas (histórico) tiene asignados 45 puntos por hora cátedra, un Ayudante Técnico de Trabajos Prácticos (transferido) tiene únicamente 36; y

vi) que del anexo I del dec. 1567/04 se desprende que " (...) la retribución que corresponde a los actores por cada hora laborada es inferior a la que se abona por el mismo concepto a quienes cumplen funciones equivalentes en establecimientos históricos" (fs. 478).

Como consecuencia de los anteriores señalamientos, los camaristas concluyeron que "(...) respecto de los actores que prestan tareas como Maestros de Enseñanza Práctica, Maestros de Enseñanza Práctica Jefe de Sección y Ayudantes Técnicos de Trabajos Prácticos, resulta evidente que la Ciudad está retribuyéndolos de manera desigual respecto de los docentes históricos que ocupan cargos equivalentes" (fs. 478). Y destacaron (fs. 478 y vta.) que "[l]a situación antes descripta afecta seriamente el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea, reconocido por la C.N. art. 14 bis; art. 7º inc. a del PIDESC; y art. 23 inc. 2º de la DUDH y por la CCBA art. 43". También resaltaron que la garantía de igualdad salarial para quienes desempeñan idénticas tareas se encuentra contemplada en los Convenios 100 y 11 y en las Recomendaciones 90 y 111, todos de la OIT, aplicables en autos en virtud de lo dispuesto en el art. 43 de la CCBA.

Asimismo, los magistrados entendieron que el planteo de inconstitucionalidad del dec. 1567/04 estaba implícito en la pretensión de la parte actora de obtener la

equiparación salarial. Ello, pues a criterio de los sentenciantes "(...) para resolver en ese sentido no cabe otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad del mencionado decreto" (fs. 479). Por lo demás, recordaron que se puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, tal como fue admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" (*Fallos,* 327:3117).

Por fin, los vocales insistieron en que "(...) el dictado del dec. 1567/04 no eliminó las desigualdades existentes entre los docentes históricos y los transferidos, sino que subsiste la vulneración del principio constitucional de igual remuneración por igual tarea" (fs. 479 vta./480). Y reiteraron que "(...) dado que (...) los actores solicitaron en su escrito de demanda la equiparación salarial respecto de los docentes que históricamente revistaron en la Ciudad, no cabe otra solución que declarar la inconstitucionalidad del dec. 1567/04 por ser violatorio del art. 14 de la C.N." (fs. 480).

6. Contra la sentencia de segunda instancia, el demandado dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 484/490). Sostuvo que el pronunciamiento atacado afectó la garantía del debido proceso, el derecho de propiedad y el principio de división de poderes. También calificó de arbitraria la decisión.

7. La Cámara concedió el recurso de fs. 484/490, salvo en lo relativo a la arbitrariedad (fs. 498/499).

8. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 506/508, propiciando se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E.C. Ruiz dijo:

1. Aunque formalmente admisible, el recurso de inconstitucionalidad del GCBA es improcedente, porque no logra proponer una cuestión constitucional.

2. El recurrente aduce que el fallo impugnado lesionó la garantía del debido proceso, el derecho de propiedad y el principio de división de poderes. Manifiesta que la Sala I:

i) falló *extra petita* al analizar el dec. 1567/04 y establecer diferencias salariales más allá de la fecha de su entrada en vigencia pues la accionante no cuestionó la constitucionalidad de esa norma;

ii) realizó una comparación de índice por hora cátedra a pesar de que ello no fue solicitado por las partes;

iii) avanzó sobre atribuciones del Poder Ejecutivo "(...) referidas a la adjudicación de rubros salariales especiales y a la determinación de sus alcances" (fs. 491); y

iv) se apartó injustificadamente del criterio adoptado en múltiples precedentes del fuero en cuanto al límite temporal de las diferencias salariales recono-

cidas en causas sobre reclamos por equiparación docente e impugnación del dec. 1203/93.

3. Trataré conjuntamente los planteos reseñados en *i)* y *ii)* pues ambos remiten a la supuesta afectación del principio de congruencia alegada por la Procuración.

No asiste razón al demandado.

Como lo indicó mi colega Ana María Conde en su voto cuyos fundamentos compartí en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Yebra, Claudia Analía y otros c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 6670/09, resolución del 14/12/2009, "mal podría hablarse de una violación al principio de congruencia toda vez que el objeto de la pretensión ha sido siempre el mismo": la equiparación salarial entre docentes históricos y transferidos.

Por lo demás, a diferencia de lo señalado por el Gobierno, los accionantes impugnaron el dec. 1567/04. Por lo tanto, el *a quo* no falló *extra petita* al declarar la inconstitucionalidad de aquella norma.

En efecto, al contestar el traslado corrido por la jueza de grado respecto del dec. 1567/04 (fs. 393 y vta.), la parte actora explicó (fs. 393) que "(...) el dec. 1567/04 de ningún modo vino a reemplazar al dec. 1203/93, sino que lo complementa y como tal debe ser tomado como parte de la litis, pues el dec. 1203/93 sigue en plena vigencia y todo se rige aún en función del mismo". Desde esa perspectiva entendió que la inconstitucionalidad solicitada abarcaba al dec. 1567/04 (fs. 393 vta.).

Asimismo, la comparación efectuada por los jueces de los índices salariales respecto de las horas cátedra desempeñadas no excedió el marco de la pretensión de los actores sino que, por el contrario, fue realizada justamente para poder evaluar su procedencia. Así, en el punto 7 de su demanda, los accionantes pidieron que se decretara "(...) la equiparación de salarios de los docentes municipales transferidos con los docentes municipales históricos y se condene a la demandada a abonar a los actores las diferencias salariales" que surgieran de las pruebas aportadas a la causa (fs. 64 vta.).

En otros términos, la Sala I no violó el derecho de defensa del Gobierno ni el principio de congruencia.

Por fin, conviene destacar que el GCBA no objeta los argumentos en virtud de los cuales la Cámara declaró la inconstitucionalidad del dec. 1567/04 sino que sólo se agravia porque a su criterio la actora no habría impugnado esa norma.

Así las cosas, en este punto no se ha logrado presentar caso constitucional alguno.

4. El planteo vinculado con la alegada invasión de atribuciones exclusivas del Poder Ejecutivo carece de toda consistencia.

La Cámara se limitó a evaluar si el dec. 1567/04 respeta el principio constitucional de "igual remuneración por igual tarea", y concluyó que no, pues entendió que la norma no eliminó las desigualdades existentes entre los docentes históricos y los transferidos.

Como lo advirtió la jueza Ana María Conde en su voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Yebra, Claudia Analía y otros c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 6670/09, resolución del 14/12/2009, "[l]a alegada lesión a la división de poderes, el supuesto avasallamiento de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, o la afectación de su zona de reserva, en razón del dictado de una sentencia que ejerce el control difuso de legitimidad de un acto emanado del poder administrador a requerimiento de parte interesada, deviene no sólo improcedente sino también anacrónico como argumento".

5. Por fin, tampoco puede prosperar el agravio relacionado con el denunciado apartamiento de "múltiples" pronunciamientos del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en que habría incurrido la Sala I.

El accionado únicamente transcribe parcialmente lo resuelto en la causa "Vasallo, Alicia Guillermina c/GCBA s/empleo público", decisión del 22/6/2006 pero no indica cuáles serían las similitudes entre tal antecedente y los hechos de este caso. Tampoco explica por qué la jurisprudencia a la que genéricamente alude —sin individualizarla— debería ser aplicada en el marco del presente juicio.

Esta deficiencia argumental no puede ser suplida por el Tribunal, lo que sella la suerte adversa de la objeción del demandado.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 484/490, con costas al GCBA vencido (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La situación de autos es análoga a la planteada en los pronunciamientos: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Franconieri, José Armando c/GCBA s/otros rec. judiciales contra res. pers. públicas no estatales'", expte. nº 6511, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Martínez, Evaristo c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 6512, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Yebra, Claudia Analía y otros c/GCBA s/cobro en pesos'", expte. nº 6670/09, resueltos por este Tribunal los días 19 y 20 de octubre de 2009 y 14 de diciembre de 2009, respectivamente, cuyos fundamentos, a los que remito, justifican declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

1.1. La circunstancia de que en el caso la Cámara haya declarado la inconstitucionalidad del dec. 1567/04 no lleva a adoptar una decisión distinta. Ello así, toda vez que los agravios del GCBA se ciñen a controvertir el alcance que los jueces de mérito entendieron correspondía acordarle a las pretensiones de la parte actora, cuestión que, por regla, resulta ajena a la competencia revisora de este Tribunal; sin que el GCBA muestre que corresponda hacerle excepción en el *sub lite*. En particular, la Cámara sostuvo que el planteo de inconstitucionalidad del dec. 1567/04 se hallaba "…implícito en la pretensión salarial, ya que para resolver en ese sentido no cabe otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad del mencionado decreto" (fs. 479). En ese marco, concluyó que "…el dictado del dec. 1567/04 no eliminó

las desigualdades existentes entre los docentes históricos y los transferidos, sino que subsiste la vulneración del principio constitucional de igual remuneración por igual tarea. En virtud de lo expuesto y dado que —como se dijo— los actores solicitaron en su escrito de demanda la equiparación salarial respecto de los docentes que históricamente revistaron en la Ciudad, no cabe otra solución que declarar la inconstitucionalidad del dec. 1567/04 por ser violatorio del art. 14 de la C.N." (479 vta./480); argumentos de los que el GCBA no se ha hecho cargo.

2. En esas condiciones, no cabe emitir pronunciamiento alguno acerca de las menciones que realizaron los magistrados de la Sala I acerca de la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, pues, la razón antes apuntada constituye sustento bastante de lo resuelto, y es independiente de este otro.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de fs. 484/490 vta. Costas a la vencida.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

1. Más allá del acierto o error de la decisión de la Sala I de la Cámara CAyT que declaró la inconstitucionalidad del dec. 1567/04 con fundamento en el principio de *igual remuneración por igual tarea* (art. 14 bis, C.N.), lo cierto es que los diversos planteos esgrimidos por el GCBA en su recurso obrante a fs. 484/490 vta. no resultan idóneos para poner en crisis este aspecto puntual del decisorio resistido.

En consecuencia, la falta de refutación concreta y razonada de los argumentos brindados por el tribunal *a quo* para sustentar su decisión impide tener por configurado un genuino caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

Tal como lo destaca en su voto mi colega el doctor Luis F. Lozano, se advierte que las objeciones esgrimidas por el GCBA al impugnar la decisión obrante a fs. 476/481 apuntan, en realidad, a controvertir el alcance que los jueces de la causa atribuyeron a las pretensiones de las partes del proceso —en particular, para determinar si el planteo de inconstitucionalidad del dec. 1567/04 se encontraba comprendido en la demanda.

Esta circunstancia abona la solución que se propicia para el caso, puesto que, conforme se ha señalado en numerosas ocasiones, los asuntos de esa naturaleza resultan, al menos por regla, extraños al control de este Tribunal por la vía recursiva intentada (conf. doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local; y este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre muchos otros).

2. Finalmente, cabe señalar que los restantes planteos expuestos por el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad, orientados a demostrar la *arbitrariedad* del decisorio resistido, no han sido mantenidos ante el Tribunal mediante la queja respectiva luego de que la Sala I denegara su concesión (fs. 498/499), con lo cual no es posible expedirse sobre el punto.

3. A todo evento, sólo resta añadir que la decisión a que se arriba no impedirá que, al momento de efectuarse la liquidación correspondiente durante la etapa de ejecución de sentencia, los organismos competentes computen las mejoras salariales percibidas por los actores en virtud de lo dispuesto por el dec. 1567/04, ni, lógicamente, que la demandada pueda hacerlas valer.

Por todo lo expuesto considero que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 484/490 vta., con costas a la vencida.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

CCXL

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'AMORÓS, RICARDO Y OTROS S/INFR. ART(S). 181, INC. 1º, USURPACIÓN (DESPOJO) —C.P. (P/L 2303)'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento del recurso. Suspensión del proceso penal a prueba.

Expte. SAPCyF n° 7532/10 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. En primera instancia no se hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por los imputados. Apelada esa decisión por la defensoría, la Cámara confirmó la resolución.

2. Contra esa decisión de la Cámara la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad que, al ser denegado, motivó la articulación de esta queja.

3. A fs. 69, el defensor general informó al Tribunal que los Sres. Ricardo Amorós, Rómulo Luis Pérez y César Freddy Pérez decidieron no continuar con la vía recursiva oportunamente deducida y adjuntó el escrito en el que los imputados manifiestan su voluntad de desistir del recurso de queja (fs. 68).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El escrito de desistimiento (fs. 68) presentado por el señor defensor general cumple con los requisitos establecidos por el art. 274, primer párrafo, CPP CABA (art. 2º, ley 402). Por lo tanto, corresponde, sin más, tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

Los jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

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

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

En similar sentido, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barrientos, Héctor Raúl s/infr. art. 189 bis C.P.'" (expte. n° 7484/10), del 22/9/2010.

CCXLI

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'INCIDENTE DE RESTITUCIÓN EN AUTOS: NN, NN S/INFR. ART. 181 INC. 1º USURPACIÓN C.P. —RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD'"

RECURSO DE QUEJA: Usurpación de inmueble. ASESORÍA GENERAL TUTELAR: Legitimación. MENORES DE EDAD: Derecho a una vivienda digna. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ministerio Público de la Defensa.

Los señores jueces remiten a los fundamentos vertidos en el expte. nº 6895/09 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN (Yerbal 2635) s/inf. art. 181, inc. 3º, C.P. —inconstitucionalidad—'", sentencia del 12/7/2010, cuyos sumarios se reproducen a continuación:

SUMARIOS:

1. El legislador de la Ciudad de Buenos Aires, siguiendo a su par nacional (arts. 335, CPP, y 238 bis, CPPN, respectivamente), ha previsto que, a pedido del damnificado, se podrá ordenar la restitución provisional del bien usurpado cuando el derecho invocado sobre aquél resulte verosímil. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El representante del Ministerio Público Tutelar pretende obstaculizar el procedimiento de restitución provisional del bien usurpado, previo a la sentencia definitiva y a la evaluación de si corresponde o no arribar a ésta, fundamentando su actuación en el hecho de que se encuentran comprometidos los derechos de varios menores de edad que, en el caso no aparecen imputados en el delito denunciado y que, según nadie discute, residen en ese lugar por decisión de los adultos a cuyo cargo se encuentran. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El hecho de que el Estado reconozca el derecho a la vivienda no significa que pueda permitirse la continuidad de una apropiación irregular o injustificada, ni que se pueda dejar de intervenir en perjuicio de un particular que nada tiene que ver con el derecho constitucional reconocido a toda persona, porque dicho reconocimiento no le confiere a estos ocupantes ningún derecho sobre un inmueble ajeno, ni coloca a su legítimo propietario en la obligación de tener que tolerar la intromisión o despojo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. En la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —aun en el supuesto de que los menores de edad resulten imputados por el delito que se investiga— la defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores de confianza que las personas sometidas a proceso designan (arts. 29, CPP o 37, RPPJ), y una exposición indiscriminada o aislada de planteos y cuestionamientos como los que busca hacer valer el Ministerio Público Tutelar en autos —con la finalidad de que los menores de edad sean oídos—, podría entrar

en colisión con la estrategia defensiva elegida por los representantes legales y necesarios de aquellos menores (arts. 264 y ss. del Cód. Civil), cuya actuación no debe ser suplida ni desatendida, sin causa que así lo justifique. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La intervención de la Asesoría Tutelar en el marco de una causa judicial se encuentra regida por las leyes y del conjunto de normas en juego se desprende, con nitidez, que el Ministerio Público Tutelar deberá intervenir cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como delito sea menor de dieciocho (18) años (art. 155, CPP) o en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años (art. 40, RPPJ). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Dada la existencia de menores de dieciocho años que no han sido imputados por el delito previsto en el art. 181, C.P. y que habitan en el inmueble en cuestión, por decisión de sus representantes necesarios, el integrante del Ministerio Público Tutelar no se encuentra legitimado para formular los planteos de nulidad desechados por las instancias de mérito. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. No basta la genérica invocación de un derecho, como el de la vivienda o alegar al interés superior del niño, si la asesora tutelar no indica siquiera que la persona menor detente un derecho a la vivienda sobre la que se habría dispuesto el desalojo o que el grupo familiar vaya a quedar en situación de calle, situación en la que, por lo demás, puede recurrir a algunos de los mecanismos asistenciales que brinda la Ciudad, de lo que, de alguna manera, se ocupa el fiscal (conf. resol. 121/FG/08). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La Asesoría Tutelar ha tomado efectivo conocimiento de una situación que señala como de las que requieren de su intervención, a raíz de la cual inició la vía recursiva que la trajo en queja ante este Tribunal, pero no ha logrado acreditar que la participación que se le diera en el proceso resultara insuficiente para permitir el ejercicio de sus facultades constitucionales (art. 125, incs. 1º y 2º, CCBA) o la protección de derechos de raigambre constitucional de las personas menores de dieciocho años de edad involucradas en el caso (art. 12, CIDN; 18 y 75, inc. 22, C.N. y arts. 10, 11, 31 y 39, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. El inc. 1º del art. 49 de la ley 1903, establece que los asesores tutelares deben intervenir en las cuestiones judiciales en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad, emitiendo el correspondiente dictamen, previsión legal de la que no deriva que el asesor tutelar pueda, para proteger el interés de las personas menores de edad que pudieran verse afectadas por la concreción de una medida cautelar dispuesta durante la tramitación de un proceso penal seguido a los adultos a cuyo cargo ellos se encuentren, convertirse en una segunda defensa técnica con estrategia procesal propia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. El marco general en el que deben ser analizadas las cuestiones judiciales que involucran a niños y niñas es el que determina la Convención sobre los Derechos del Niño, que es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de 18 años de edad, lineamientos que inspiraron la sanción de la ley nacional 26.061,

del art. 39 de la CCBA y de la ley local 114. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La ley local 1903, establece que las asesorías tutelares de primera y segunda instancia, deberán tener intervención en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen (art. 49, inc. 1º). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La ley 2451, en coincidencia con la Convención de los Derechos del Niño en la materia, define un régimen adicional de garantías para los niños y niñas que sean imputados/as, víctimas o testigos en un proceso penal (art. 40), siendo una norma que suma a los derechos y garantías que surgen del marco general, un plexo de garantías especiales, de modo que de ninguna manera podría entendérsela como excluyente o restrictiva respecto del régimen general. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Afirmar que el art. 40 de la ley 2451 desplaza lo prescripto en el art. 49, inc. 1º de la ley 1903, configura una violación del principio *pro homine* que debe regir cualquier interpretación en el campo de los DDHH. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. SAPCyF n° 7084/10 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora asesora general tutelar de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 35/40) contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 30/33) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad deducido, a su turno, contra la resolución mediante la cual el tribunal *a quo* rechazó *in limine* (fs. 11), por falta de legitimación, el recurso de apelación intentado por la Asesoría Tutelar.

La apelación mencionada, a su vez, había sido interpuesta contra la decisión de primera instancia, del 26/10/2009, que rechazó un planteo de nulidad presentado por la Asesoría, por considerar que carecía de legitimación activa para introducir esa clase de cuestiones (fs. 3).

2. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, consideró que correspondía rechazar la queja interpuesta por la señora asesora general tutelar, por carecer de legitimación procesal para actuar en este proceso (fs. 44/45).

FUNDAMENTOS:

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

La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN (Yerbal 2635) s/inf. art. 181, inc. 3º, C.P. —inconstitucionalidad—'", expte. nº 6895/09, resolución del 12/7/2010.

En consecuencia, cada uno de los jueces remite a los argumentos y a la solución expresados en la resolución dictada en el precedente citado, resolución de la cual se agregará copia para que forme parte de este nuevo pronunciamiento.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 12/7/2010 en los autos "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN (Yerbal 2635) s/inf. art. 181, inc. 3º, C.P. —inconstitucionalidad—'", expte. nº 6895/09.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la resolución indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En similar sentido, "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: 'Tapia, Lorena Anahí y otras s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.'" (expte. n° 7246/10); "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ortiz, Ernesto P. y otros s/art. 181 inc. 1º, C.P.'" (expte. n° 6906/10); "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción en autos: 'Muñoz, Elizabeth Yoleni Reyna y otros s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.'" (expte. n° 7527/10) y "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires — s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de nulidad en autos Romero, Angélica del Rosario y otros s/infr. art(s). 181, inc. 1º, usurpación (despojo), C.P. (p/L 2303)'" (expte. n° 6969/09), del 22/9/2010.

CCXLII

"SERVICIO ESCALADA S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Control abstracto de constitucionalidad.

SUMARIOS:

1. El control abstracto de inconstitucionalidad no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. La inclusión —ya sea de modo incidental o como fundamento jurídico de condena— de una cuestión constitucional en el marco de una acción que en definitiva procura el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no convierte la acción en la prevista en el inc. 2º del art. 113 CCBA, pues es menester que el único objeto de esta última sea el control abstracto de constitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. Las razones de impugnación constitucional propuestas por la parte actora determinan la inadmisibilidad de su demanda en vía originaria, ya que ninguna de las referencias a cláusulas constitucionales es independiente de los derechos subjetivos que el actor invoca. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Cuando la inconstitucionalidad requerida se funda en objeciones constitucionales exclusivamente vinculadas con la esfera de derechos del promotor del juicio, en realidad, la inconstitucionalidad pretendida es instrumental y por tanto accesoria, está subordinada a restablecer una situación jurídica o a determinar derechos individuales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAO n° 7316/10 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Servicio Escalada S.A. promovió acción declarativa de inconstitucionalidad a fs. 98/114, en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 2º y 5º de la ley 2893 en tanto establecen "que las bocas de carga de combustible deben estar instaladas en el interior del predio, y emplaza por el perentorio plazo de 180 días para adecuarse a dicha norma" (fs. 101 vta.); por afectar los "derechos de trabajar

y ejercer industria lícita (art. 14, C.N), de igualdad ante la ley (art. 16, C.N) y de propiedad (art. 17, C.N.) como así también iguales derechos protegidos en los arts. 10, 11, 12 inc. 5º, 43 y 48 de la CCBA" (fs. 104) y por encontrarse reñidos "con lo dispuesto por el art. 21 del dec. ley 2407/83 que a nivel nacional permite las bocas de carga remota".

Asimismo plantea la inconstitucionalidad de la "totalidad de la ley 2893" ya que "en el procedimiento de 'Doble Lectura' de su elaboración legislativa no se ha cumplimentado el requisito de 'despacho previo de Comisión con el correspondiente informe de los órganos involucrados'" (fs. 106 vta./107).

Por último, solicita medida cautelar por medio de la cual se ordene al Gobierno "se abstenga de exigir el cumplimiento de lo dispuesto por los (...) los arts. 2º y 5º de la ley 2893, como así también se abstenga de aplicar y/o ejecutar sanción alguna (particularmente sanción de multa o de clausura) contra la aquí actora con fundamento en el incumplimiento de lo dispuesto por los mencionados artículos" (fs. 98 vta./99).

2. A fs. 121/123, el Tribunal rechazó la medida cautelar solicitada y a fs. 125 corrió vista al señor fiscal general para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3. A fs. 126/128, el señor fiscal general adjunto emitió su dictamen y opinó que la acción intentada no deberá prosperar "en la medida en que la demandante trae a estudio, como caso constitucional, una situación estrictamente individual" (fs. 127 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La actora se encuentra habilitada en los términos del art. 18, inc. b de la ley 402 para accionar en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA. Sin embargo, su planteo no es admisible.

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º CCBA), de competencia originaria y exclusiva del Tribunal, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y provoca, si se acoge la pretensión, la pérdida de vigencia de la norma cuestionada. El control abstracto de inconstitucionalidad no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas (*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], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 56 y ss.).

3. La medida cautelar solicitada por la actora, rechazada por el Tribunal el 16/6/2010, y la simple lectura de la presentación —por lo que se verá en lo que sigue— permite concluir que Servicios Escalada S.A. se limita a plantear su propia situación jurídica particular.

Lo expuesto se advierte:

a) en el acápite "*II.* Objeto", cuando peticiona la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 5º de la ley 2893 por lesionar "en forma actual, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, los derechos que a mi representada le son reconocidos" y solicita, en esa misma oportunidad, una medida cautelar al sostener que "a los efectos de evitar toda posibilidad que se produzca el definitivo e irreversible aniquilamiento del derecho que asiste a esta parte durante el tiempo que necesariamente transcurrirá hasta el dictado de una sentencia definitiva, vengo también a solicitar a V.E. se sirva dictar en forma inmediata una *medida cautelar*, mediante la cual se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se abstenga de exigir el cumplimiento de los dispuesto por (...) los arts. 2º y 5º de la ley 2893, como así también se abstenga de aplicar y/o ejecutar sanción alguna (particularmente sanción de multa o de clausura) contra la aquí actora con fundamento en el incumplimiento de lo dispuesto por los mencionados artículos" —el destacado no me pertenece— (punto II, fs. 98 y vta./99 y punto X, fs. 109 vta./111);

b) en el capítulo "*IV.c)* La Normativa Atacada" al señalar que lo dispuesto por la norma en crisis "es —para mi representada— de imposible cumplimiento, tanto económica como técnica y físicamente", porque implicaría "una obra civil millonaria y de tal envergadura que sería antieconómica en relación a los resultados corrientes de la explotación del comercio" y, porque, "aún en el caso que pudiéramos colocar las bocas de carga en el interior del predio, las maniobras del camión tanque resultarían imposibles o —al menos— violatorias a disposiciones legales y a reglas que hacen al oficio (...). Ello se debe a que el largo de los camiones que proveen combustible es de unos 16,00 metros, mientras que el ancho de nuestro inmueble es de 31,23 metros".

De seguido también evoca que de mantenerse esta situación se estaría "condenando a nuestra empresa a una segura quiebra" (fs. 101 vta./102 vta.);

c) en el punto individualizado como "*VI.* Las Gestiones Administrativas" al evocar que ante el dictado de la ley 2893 "la actora efectuó diversas peticiones ante el Gobierno local, pero las mismas no han dado el resultado esperado" y que "mi representada agotó los intentos administrativos de resolver la cuestión" y que en la actualidad se le pueden aplicar "sanciones de multa y clausura" (fs. 103);

d) en apartado que titula "*VII.* Fundamentos [...]" al puntualizar que "la norma en crisis viola los derechos de propiedad y de trabajar y ejercer industria lícita de mi representada, toda vez que cualquier acción que la aquí actora efectúe, le traerá aparejada gravísimas consecuencias: En efecto, si no cumplimos con la nueva carga legal de tener las bocas de carga en el interior del predio, quedamos expuestos a inspecciones y sanciones

de multa y clausura por parte del GCBA. Pero si queremos cumplir (...), el elevado costo de las modificaciones hará imposible llevar a cabo las obras. Y aún en el caso que pudiéramos efectuarlas, comenzaríamos a violar otras normas". Mientras que en otro pasaje del relató afirmó que el "nuevo requisito impuesto (...) nos significa una valla imposible de sortear, por la sencilla razón de que las dimensiones edilicias del predio no permiten que un camión tanque ingrese y descargue dentro de la Estación de Servicio" (punto VII, fs. 104/106 vta.);

e) al invocar la "arbitrariedad de la normativa atacada" por considerar que vulnera y fulmina "los derechos adquiridos que mi representada gozaba hasta" su dictado. Donde expresa que en su opinión, se "está en presencia (...) de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que provoca un daño concreto y grave" (punto VIII, fs. 106 vta./108);

f) al abordar la lesión actual o inminente que padece la empresa Servicio Escalada S.A. al destacar que "el daño que el dictado de dicha normativa le ocasiona a mi representada se causa a cada minuto que pasa, ya que a pesar de haber desarrollado durante años nuestra actividad respetando la totalidad de la leyes vigentes, no encontramos ahora en franca violación a una ley arbitraria" (punto IX, fs. 108/109 vta.); y

g) al ofrecer prueba:

g.1. Documental: copias de notas y correos electrónicos enviados por la empresa al Gobierno nacional y local; copias de legajos donde fue denunciada, en trámite por ante UAAFE y ante la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas; fotografías de las bocas de descarga remota y del frente del local en cuestión e informe técnico realizado para "determinar la posible aplicación de la ley 2893/08 del GCBA, que modifica la sección 8.12.1.7 del Código de Edificación, ordenanza 14.089 y las instrucciones emanadas del dec. ley 2403, en la estación de Servicio dual ubicada en Escalada 678 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 32/35).

g.2. Informativa: a diversas dependencias públicas donde tramitan los legajos de la actora.

g.3. Pericial: referida "al establecimiento de mi representada".

En rigor de verdad la configuración de un caso concreto resulta apreciable en general a lo largo de todo el escrito inicial.

4. La inclusión —ya sea de modo incidental o como fundamento jurídico de condena— de una cuestión constitucional en el marco de una acción que en definitiva procura el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no convierte la acción en la prevista en el inc. 2º del art. 113 CCBA, pues es menester que el único objeto de ésta última sea el control abstracto de constitucionalidad (conf. este Tribunal *in re* "Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99 SAO, resolución del 28/6/1999; "Oronoz de Bigatón, Celina c/GCBA s/amparo", expte. nº 98/99 SAO, resolución del 29/9/1999; "Finkelberg, Oscar Guido c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)", expte. nº 136/99 SAO,

resolución del 17/11/1999 e "Iráizoz, Juan Fermín c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 158/99 SAO, resolución del 15/12/1999, entre muchos otros).

5. Por ello, voto por declarar inadmisible la demanda interpuesta por la actora.

La jueza Ana María Conde dijo:

Nada tengo que agregar al detallado análisis efectuado por mi colega la jueza Alicia E. C. Ruiz y, consecuentemente, adhiero a la solución que propicia y voto por declarar inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por Servicio Escalada S.A. a fs. 98/114.

El juez José O. Casás dijo:

En las presentes condiciones, la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada resulta formalmente inadmisible, en virtud de los defectos de fundamentación que presenta el escrito de inicio y que se encuentran adecuadamente señalados en el voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E.C. Ruiz, al que adhiero y remito en homenaje a la brevedad.

El sustento argumental de la pretensión formulada remite, básicamente, a la situación particular en que se encontraría la actora ante el cambio del derecho objetivo aludido en la acción (derivado de la sanción de la ley 2839), escenario que, en todo caso, podría ser ventilado a través del marco procesal pertinente que permita el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y/o el planteo de una acción de daños y perjuicios frente a la eventual responsabilidad del Estado en el caso concreto —si se pudieran acreditar los presupuestos necesarios para hacerla efectiva.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Comparto el voto de la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y adhiero a la solución que allí propone.

Las razones por las que la parte actora impugna la ley determinan la inadmisibilidad de su demanda en vía originaria, ya que ninguna de las referencias a cláusulas constitucionales es independiente de los derechos subjetivos que el actor invoca. En ese sentido sostuve en mi voto *in re* "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3417/04, resolución del 22/12/2004, que "[l]La acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) requiere un planteo vigoroso en defensa de la legalidad y no una vigorosa defensa de derechos individuales vinculados con relaciones jurídicas concretas […] Para tener por configurado un planteo abstracto de control constitucional es necesario e imprescindible que la petición del actor se circunscriba a requerir la declaración de inconstitucionalidad de la norma general cuestionada, pero ello sin embargo no es suficiente para justificar el cauce procesal del art. 113 inc. 2º CCBA. Cuando la

inconstitucionalidad requerida se funda en objeciones constitucionales exclusivamente vinculadas con la esfera de derechos del promotor del juicio, en realidad, la inconstitucionalidad pretendida es instrumental y por tanto accesoria, está subordinada a restablecer una situación jurídica o a determinar derechos individuales. El cauce procesal para resolver conflictos de tal naturaleza no es la acción declarativa de inconstitucionalidad sino aquellos procesos que admiten sentencias de condena o determinativas de derechos, donde el control de constitucionalidad difuso permite remover los obstáculos legales, cuando producto de una norma inconstitucionalidad, se vulneran derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico".

Despojados de los argumentos vinculados con la situación particular del actor, los planteos realizados carecen de la robustez necesaria para poder dar impulso a una estricta acción declarativa de inconstitucionalidad. En esas condiciones, el actor no intenta rebatir las objeciones más básicas que podrían recibir los planteos que formula. Así no explica como jugaría el cambio de la regulación que estima inválido frente a clásica doctrina de la CSJN que sostiene que nadie tiene un derecho subjetivo al mantenimiento de un régimen general (*Fallos,* 315:839, 2769, 2999; 316:204, 2483; 318:1237, 1531, entre muchos otros) con relación a la supuesta vulneración de derechos de propiedad, ejercer industria lícita y trabajar (arts. 4º, 17 de la C.N. y 12, inc. 5º, 43 y 48 de la CCBA).

Del mismo modo, tampoco expone cómo debe ser interpretado el dec. nac. 2407/83, con el que, según alega colisionaría la nueva ley local, en cuanto en su punto 1 dispone que tiene por objeto establecer "normas de seguridad a observar para el expendio de combustible en estaciones de servicio y demás bocas de expendio en todo el territorio del país, *sin perjuicio de las facultades* de otros organismos o autoridades nacionales y *de las atribuciones inherentes a las jurisdicciones locales*" (los destacados me pertenecen).

Asimismo, se limita a sostener que la ley impugnada afecta las garantías de igualdad (art. 16, C.N. y 11, CCBA) y razonabilidad y proporcionalidad (art. 28, C.N. y 13, inc. 3º, CCBA), pero con constantes remisiones a su situación particular y sin explicar cómo se daría esa colisión en abstracto.

En relación con el incumplimiento del procedimiento previsto en el art. 90, inc. 1º de la CCBA en cuanto prevé "despacho previo de comisión que incluya el informe de los órganos involucrados", la demanda padece de los mismos defectos destacados anteriormente. El actor no desarrolla una argumentación capaz de sostener la afirmación que realiza. Especialmente, no hace ninguna referencia vinculada con las constancias en contra de sus dichos que surgen de la versión taquigráfica de la cesión de la Legislatura en que se da cuenta del tratamiento brindado a la ley 2688, documento al que puede accederse fácilmente, por ejemplo, por intermedio de la página de internet de la Legislatura. De allí surge que en la sesión del 23/10/2010, al tratar el Despacho 688, expresamente se menciona "[q]ue se encuentran cumplidos los requisitos establecidos en los arts. 89 y 90 de la CCBA" y que "…esta Comisión de Planeamiento Urbano aconseja la aprobación…" de la

modificación del Código de Edificación que ahora viene impugnando el actor. El presentante debió, al menos, explicar por qué razones no puede darse crédito a lo que surge de la versión taquigráfica, por qué no es suficiente esa participación de la Comisión y/o qué órganos debían participar del despacho previo para que pueda ser considerado válido.

Por las razones expuestas, voto por declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 98/114 por Servicio Escalada S.A.

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

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

CCXLIII

"BOICO, ROBERTO JOSÉ S/PEDIDO DE REVOCATORIA DE MANDATO"

REVOCATORIA DE MANDATO: Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Recolección de firmas.

Expte. SAO n° 7471/10 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe, de los que

RESULTA:

La presentación de fs. 1/3 del señor Roberto José Boico, ratificada personalmente a fs. 8, promoviendo "proceso de revocatoria de mandato del Jefe de Gobierno, Ing. Mauricio Macri".

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. A fs. 24/25 obra nuevo escrito del Sr. Boico, titulado "Manifiesta", el que, aun cuando no satisface plenamente lo requerido en las resoluciones de fs. 10/13 y 18/21 permite, de todas maneras y a partir de las expresiones literales del punto I, primer párrafo de dicho escrito, resumir como causa indicada por el presentante para promover este trámite en relación al Jefe de Gobierno Mauricio Macri, la siguiente: "Mal desempeño en sus funciones por las acciones que originaron su procesamiento en relación a los delitos contemplados en los arts. 153, 248, 293 y 210 del C.P.".

2. Consentida esta resolución, la fórmula indicada en el punto 1 quedará aprobada para ser incluida en las planillas de recolección de firmas previstas en el art. 7º y anexo de la ley 357, que podrán ser entregadas a partir del día 1°/10/2010.

3. Para la entrega de planillas se aplicará el mismo procedimiento establecido en el precedente "Bergenfeld, Sergio Fabián y otros s/pedido de revocatoria de mandatos", expte. n° 3764/05 y su acumulado "Rodríguez Vallejos, Gabriel s/pedido de revocatoria de mandatos", expte. n° 3767/05, resolución del 2/2/2005, por lo que ellas serán entregadas al Sr. Boico escalonadamente por la Secretaría Judicial en Asuntos Originarios, en el número necesario para reunir hasta 10.000 adhesiones. El nombrado podrá solicitar nuevas planillas cada vez que complete y entregue al Tribunal la mitad de las recibidas.

4. Las planillas no podrán duplicarse, consecuentemente sólo se admitirá la recolección de firmas en los formularios originales entregados por el Tribunal.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás agregaron:

Como lo ha hecho el Tribunal al decidir la apertura de un trámite similar en el expediente "Bergenfeld" citado *supra,* resolución del 2/2/2005, corresponde dejar constancia que, para evitar toda utilización política del procedimiento, se advierte claramente que el Tribunal no se pronuncia aquí, de manera alguna, sobre la certeza, probabilidad o duda acerca de las imputaciones formuladas al señor Jefe de Gobierno y, menos aún, emite un juicio de valor acerca ellas. En sentido estricto, la "preparación del trámite" sólo significa abrir el procedimiento y entregar los documentos que harán posible la adhesión de los electores.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer saber* al Sr. Roberto José Boico que, consentida esta resolución, la fórmula indicada en el punto 1 de los Fundamentos quedará aprobada para ser

incluida en las planillas de recolección de firmas previstas en el art. 7º y anexo de la ley 357, que podrán ser entregadas a partir del día 1°/10/2010.

2º. *Disponer* que las planillas serán entregadas escalonadamente por la Secretaría Judicial en Asuntos Originarios al Sr. Boico, en el número necesario para reunir hasta 10.000 adhesiones. El nombrado podrá solicitar nuevas planillas cada vez que complete y entregue al Tribunal la mitad de las recibidas.

3º. *Hacer saber* al presentante que las planillas no podrán duplicarse, consecuentemente sólo se admitirá la recolección de firmas en los formularios originales entregados por el Tribunal.

4º. *Mandar* que se registre y se notifique por intermedio de un notificador ad hoc del Tribunal en los términos de la acordada TSJBA 28/09.

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

CCXLIV

"LIMPIA BUENOS AIRES S.A. S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'LIMPIA BUENOS AIRES S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Archivo de actuaciones.

Expte. SAO n° 7545/10 - 22/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Con fecha 20/8/2010 se presenta en este estrado el Dr. Martín Moller en su carácter de letrado apoderado de la empresa Limpia Buenos Aires S.A., y plantea una "queja por denegación de justicia" en los autos "Limpia Buenos Aires S.A. c/GCBA s/cobro de pesos", expte. nº 16.008/0, que tramita por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 (fs. 4/6).

En sustancia denuncia que "desde el mes de octubre de 2009, hace ya nueve meses, el Juzgado mencionado estaba en condiciones de dictar sentencia", y no lo hizo (fs. 4 vta.).

Para fundar su petición refiere que el Juzgado indebidamente "tiene el criterio de que la tasa de justicia debe ser pagada previamente para luego dictar sentencia" (fs. 4 vta.).

Sostiene que "el Juzgado solo una vez suspendió el proceso (...) hasta que se resolviera el beneficio de litigar sin gastos, mediante una resolución interlocutoria.// Pero, luego, resuelto el beneficio (...), éste de hecho continuó con la suspensión decretada" (fs. 6).

2. A fs. 8 el Tribunal requirió al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 que informara acerca de los hechos denunciados.

3. A fs. 17/18 obra el informe requerido, que fuera ampliado a fs. 20.

4. A fs. 30 el juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 comunica que dictó sentencia en la causa de referencia y acompaña copia fiel de ella (fs. 22/29)

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Conforme se desprende de lo comunicado a fs. 22/30 por el señor juez titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2, con fecha 6 del corriente dictó sentencia en el expediente aludido en los resultas.

Por tal razón la queja *sub examine* ha quedado sin objeto y, en consecuencia, corresponde dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de este legajo.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, puesto que, tal como lo señala, al haberse dictado la sentencia cuya demora motivara la queja en examen, ésta se ha tornado inoficiosa.

II. Sin perjuicio de lo anterior, resulta a mi criterio pertinente poner de resalto el inadecuado trámite que el señor juez del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 ha impreso a esta causa, con motivo de encontrarse pendiente el pago de la tasa de justicia.

En efecto, del relato efectuado por el quejoso, así como del informe presentado por el Juez, se desprende que en estas actuaciones la parte actora ha solicitado se dicte sentencia desde el mes de octubre del año 2009 y que esa decisión ha sido diferida una y otra vez sólo en función de las distintas circunstancias relacionadas con el pago de la tasa de justicia, para finalmente, operarse el requerido pase a sentencia el día 20 de agosto del corriente año, después de que la parte actora iniciara

la queja y sin que hubieran variado las circunstancias con relación a la falta de pago de la mencionada carga procesal.

La Ley 327 de Tasa de Justicia trata la cuestión planteada expresamente en los arts. 15 y 16, en los cuales determina el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de pago, señalando que esta circunstancia no impedirá la prosecución del juicio (art. 15) y que los funcionarios judiciales intervinientes "deben evitar, con relación a los incidentes sobre la tasa de justicia, demoras que obstaculicen la sustanciación del proceso" (art. 16).

En igual sentido se ha expresado la CSJN al descartar que la tasa de justicia pueda constituir un obstáculo para acceder a la jurisdicción "…toda vez que la falta de ingreso del tributo no impide la prosecución del trámite normal del juicio (art. 11 de la ley 23.898)" (CSJN, *Fallos,* 321:1891).

En este contexto se impone, entonces, hacer saber al magistrado interviniente que no corresponde demorar el llamado de autos a sentencia en forma injustificada, puesto que el dictado de la sentencia es un deber del juez que no depende de su voluntad sino de los plazos procesales que regulan las actuaciones judiciales.

El juez José O. Casás dijo:

Me adhiero al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, en atención a que con la sentencia notificada se ha agotado el objeto de estas actuaciones, sin perjuicio de las consecuencias que el órgano competente pudiera derivar de la demora en virtud de la cuál se realizó la presente denuncia por retardo de justicia.

Por ello, como resultado de la votación que antecede,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se comunique al señor juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2, con copia de esta resolución.

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

CCXLV

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CAMACHO, JORGE LUIS Y OTROS S/INFR. ART(S). 181 INC. 1º —C.P.— (P/L 2303)'" Y EXPTE. Nº 7473/10 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CAMACHO, JORGE LUIS Y OTROS S/INFR. ART(S). 181 INC. 1º, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Desalojo.

SUMARIOS:

1. Dado que el lanzamiento que los recurrentes pretendían evitar ha quedado suspendido, corresponde diferir la consideración de las cuestiones planteadas en autos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Toda vez que la decisión de la jueza de la causa implica la suspensión del procedimiento de desalojo que había dispuesto con anterioridad, no se demuestra en el caso la existencia de peligro inminente de que se genere un perjuicio irreparable, pues en atención a lo informado, en la actualidad no subsisten las circunstancias en las que se motivara el requerimiento del señor defensor general para que se disponga la suspensión de la medida, circunstancia que basta para denegar la solicitud de otorgar a la queja efectos suspensivos. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Los recursos de queja no muestran que estén dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33 LPTSJ, por lo que los pedidos de suspensión formulados en estas presentaciones deben ser rechazados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. SAPCyF n° 7472/10 - 27/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Vienen a consideración del Tribunal, por disposición de la señora jueza de trámite, los pedidos formulados por la Defensoría y por la Asesoría Tutelar para que se declare el efecto suspensivo de las quejas presentadas contra la decisión de la Cámara de Apelaciones que declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad oportunamente interpuestos.

2. En los autos principales, en los que se investiga la presunta comisión del delito de usurpación con motivo del ingreso de varias personas —el 18 de abril de 2009— al inmueble ubicado en la calle San Antonio 932/934, se presentó Marcelo Antonio Aiello, vicepresidente de la empresa Shamayin S.A., y refirió que dicha firma era la propietaria del inmueble y que lo habían adquirido en el mes de mayo de 2008 encontrándose deshabitado para refacción a los fines de instalar oficinas. Aclaró que se había enterado de lo sucedido por un llamado realizado por la dueña de la panadería que está al lado del inmueble en cuestión y solicitó la entrega de la propiedad.

3. La jueza interviniente dispuso el 8/6/2009 el allanamiento del inmueble a fin de efectivizar el desalojo de todos sus ocupantes y la entrega al propietario (Shamayin S.A.), diligencia que se iría a cumplimentar el 11 de ese mes pero no se llevó a cabo debido a que el asesor tutelar solicitó la suspensión de la medida para que se le diera la debida intervención.

En ese marco, el 17 de junio se desarrolló una audiencia en la que el asesor planteó la nulidad de la resolución por no haber podido emitir dictamen previo siendo que había menores de edad en el lugar. La jueza, sin embargo, consideró que su decisión era válida porque aunque le reconocía legitimación al asesor igualmente —dijo— se lo había escuchado antes de la efectivización del desalojo. En consecuencia, rechazó la nulidad articulada pero, como el defensor, por su lado, había adelantado que deduciría recurso de reposición y apelación en subsidio contra la resolución del 8 de junio que había ordenado el allanamiento y desalojo, la magistrada mantuvo la suspensión de la diligencia.

4. La Asesoría Tutelar y el defensor recurrieron ambas decisiones. La Cámara declaró inadmisible el recurso de la asesoría por falta de legitimación al no haber ningún menor involucrado como imputado, víctima o testigo, y respecto del de la defensa confirmó la resolución de la jueza porque entendió que se había demostrado: *1)* que la titularidad dominial del inmueble correspondía a la firma Shamayin S.A.; *2)* que ejercía la posesión pues habría estado haciendo refacciones para poder utilizar el lugar; y *3)* que había habido un ingreso de personas ajenas a la empresa.

Contra esa resolución dedujeron recurso de inconstitucionalidad que fueron denegados por falta de sentencia definitiva y por exhibir un mero desacuerdo con la aplicación de normas procesales y con la valoración de las constancias de la causa.

5. Así se llega a las quejas referidas en el párrafo primero y a las peticiones allí articuladas.

Con fecha 27 de agosto la señora jueza de trámite ordenó certificar el estado de las actuaciones. De dicha diligencia surge que el desalojo que se iba a efectivizar el día 6 de agosto ppdo. se suspendió por pedido del asesor tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario a los fines de la realización de un nuevo relevamiento de los ocupantes del lugar (mayores y menores) con el objetivo de brindar una solución efectiva evitando que quedaran en situación de calle (fs. 163).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

De acuerdo con lo informado a fs. 163, el lanzamiento que los recurrentes pretendían evitar ha quedado suspendido, razón por la cual corresponde diferir la consideración de las cuestiones planteadas en autos. A tal fin, requiérase a la magistrada en lo Penal y Contravencional interviniente que informe al Tribunal en oportunidad de adoptar cualquier medida relacionada con el lanzamiento que oportunamente dispusiera.

El juez José O. Casás dijo:

Las circunstancias expuestas en el punto 5, segundo párrafo, del resulta, me hacen formar convicción en un sentido diverso al de la conclusión a la que arriba en su voto la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz. Toda vez que la decisión de la jueza de la causa de fecha 6 de agosto de 2010, sobre la que no corresponde expedirse en esta oportunidad, implica la suspensión del procedimiento de desalojo que había dispuesto con anterioridad, no se demuestra en el caso la existencia de peligro inminente de que se genere un perjuicio irreparable. En efecto, a partir de lo informado a fs. 163, es posible afirmar que en la actualidad no subsisten las circunstancias en las que se motivara el requerimiento del señor defensor general para que "se disponga la suspensión de la medida" (fs. 159). Ello basta para denegar la solicitud efectuada.

Lo expuesto precedentemente torna innecesario expedirse, en particular, respecto del pedido que en razón de las mismas circunstancias efectuara la asesora general tutelar.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Las quejas deducidas por la Asesoría Tutelar y por la Defensa no muestran que estén dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33 LPTSJ, por lo que los pedidos de suspensión formulados en estas presentaciones deben ser rechazados.

La jueza Ana María Conde dijo:

Las circunstancias reseñadas en el punto 5, segundo párrafo, de las "resultas" de esta resolución —esto es, la certificación de que el desalojo que pretendían evitar el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Tutelar mediante el "efecto suspensivo" de sus recursos directos— evidencian que en el caso no existe peligro inminente alguno que deba ser conjurado anticipadamente por este Tribunal. Ello alcanza para denegar la solicitud realizada por la defensa y torna innecesario, por el momento, realizar mayores precisiones acerca del pedido efectuado en el mismo sentido por la señora asesora general tutelar.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* la solicitud de suspensión del proceso efectuada a fs 86/87 y 159/159 vta.

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

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

CCXLVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DEL TRONCO, NICOLÁS S/INFR. ART. 184 INC. 5º —C.P.—'" Y EXPTE. Nº 6785/09 "MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DEL TRONCO, NICOLÁS S/INFR. ART. 184 INC. 5º —C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. MEDIACIÓN PENAL: Declaración de inconstitucionalidad de oficio. Sentencia equiparable a definitiva. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Competencias del Gobierno nacional y de los gobiernos locales. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA: Facultad del Congreso de la Nación. Impulso de la acción. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Facultades.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento que declaró la inconstitucionalidad del inc. 2º del art. 204 del CPP CABA que incluye a la mediación entre los medios alternativos de solución propios de la "Clausura de la etapa de investigación preparatoria y citación a juicio" del proceso penal, organizada en el Título IX del CPP CABA, que genera un conflicto entre una ley local y las diversas cláusulas de la C.N. invocadas (arts. 31 y 75 inc. 12) que configura una cuestión constitucional de las que habilita la intervención del Tribunal, según lo dispone el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Si bien las normas locales no pueden contener previsiones que entren en colisión con las dictadas a nivel nacional que constituyen la ley suprema de la Nación con arreglo al art. 31 de la C.N., la divergencia de textos (local y nacional)

sobre una misma materia implicará la inconstitucionalidad de la normativa local sólo cuando afecten leyes del Congreso sancionadas dentro del universo de poderes enumerados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El art. 75. inc.12 encuentra sustento en la delegación de los Estados locales que atribuyeron la sanción de los códigos de fondo al Congreso nacional, y en tanto esa normativa no incluye los tópicos propios del derecho público local, la materia procesal para lo que ahora importa, no puede presumirse incluida, por regla, en ese ámbito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El esquema de distribución del poder en la organización federal, por vía de la reserva del art. 75, inc. 12 de la C.N. dispone que la interpretación de las normas del Código Penal es privativa de los tribunales provinciales, lo que muestra que la aplicación efectiva de los códigos en general y del penal en particular, es de interés local no federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Corresponde al Congreso de la Nación la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI, art. 71 del C.P.), y es privativo de las jurisdicciones locales regular el modo de organizar los procesos mediante los cuales se resolverán tales acciones. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Establecido que el Código Penal no atribuye el ejercicio de la acción pública a ningún sujeto más que al Estado, la legislación local que regula ese punto está respaldada por el art. 124 o bien por el 126 de la C.N. para hacerlo, y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del art. 116, siempre de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Cuando la Constitución local, por medio de la ley local o sin ella, y con los límites que normas locales de esta especie prevean, permite que sea el fiscal el que disponga de la acción penal, está disponiendo de potestades e intereses que han quedado reservados a los pueblos de cada provincia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. No hay ni podría haber legislación nacional acerca de la organización del Ministerio Público Fiscal ni de sus atribuciones, tampoco del indulto y conmutación de penas, no la hay acerca de la organización judicial ni del procedimiento, salvo los límites por extrema lentitud u otros dirigidos a establecer un piso de derechos para las personas que los padecen. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Que el Congreso nacional haya legislado sobre aspectos del régimen de la acción en supuestos excepcionales con el fin de igualar en lo básico los derechos de los habitantes en todo el territorio de la Nación, no significa que las legislaturas de las provincias y de nuestra Ciudad Autónoma hayan perdido por esa circunstancia la facultad de legislar acerca de la disposición de la acción penal respetando el baremo que garantiza la ley nacional y en ese sentido no se vislumbra bajo ningún concepto que la mediación penal pueda implicar un menoscabo de los derechos de los habitantes de la Ciudad con relación a los reconocidos por la ley nacional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La validez del régimen de la mediación a la luz de otras garantías previstas por el ordenamiento a favor del imputado, deben analizarse ligadas a una situación de hecho y frente a planteos concretos a su respecto, extremos reitero, por completo

ausentes en autos en función de la inexistencia de una mediación en curso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Los recurrentes han logrado exponer una cuestión constitucional, al confrontar de modo concreto y suficiente la decisión de los jueces de la Cámara en el caso, con las previsiones de los arts. 18, C.N. y 13.3., CCBA en tanto señalan una extralimitación jurisdiccional por parte de los magistrados actuantes que no se ajusta al desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. Si bien el pronunciamiento que las partes vienen recurriendo no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, este Tribunal debe prescindir de dicha exigencia para intervenir anticipadamente en el caso pues, la forma en que se ha arribado a la decisión que aquí se recurre y las consecuencias que de ella podrían derivarse adquiere una incidencia que excede el interés limitado de las partes en el caso. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. Los jueces de la Cámara de Apelaciones, tras reconocer que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe quedar limitada —entre otras cuestiones— a los supuestos en los que no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, seguidamente procedieron a declarar la inconstitucionalidad del art. 204, inc. 2º del CPP —en razón de considerarla contraria a las previsiones del inc. 12 del art. 75 de la C.N.— sin demostrar que aquella sorpresiva y precipitada decisión fuera la única forma posible de dar respuesta a los agravios que se le habían planteado a través del recurso que habilitó su intervención en el proceso, a los que hicieron caso omiso. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. La incorporación de oficio por parte de la Cámara de la consideración sobre la constitucionalidad de la regulación de la mediación penal a partir de un escenario hipotético que lejos estaba de haberse desarrollado en el caso (pues no se había llevado a cabo la instancia de "mediación" requerida por la defensa ni se había interpretado, en consecuencia, el contenido de los arts. 199, inc. h y 203 del CPP CABA), conlleva un exceso de jurisdicción que resiente el debido proceso y la garantía constitucional de defensa en juicio pues se impidió al recurrente obtener una respuesta en torno a sus planteos de cuestiones que podían ser resueltas sin necesidad de poner sorpresivamente en crisis las previsiones del art. 204, inc. 2º, CPP a través de un examen de constitucionalidad como el efectuado, que debe considerarse la *ultima ratio* del orden jurídico. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. Lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en cuanto sus tres salas declararon oficiosamente la inconstitucionalidad del art. 204.2, CPP de esta Ciudad, proyecta consecuencias que trascienden el interés particular de las partes y eso lo demuestra el hecho concreto de que —por primera vez— el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa recurren a este Tribunal Superior con un propósito común de naturaleza institucional, que es lograr se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido, porque sus efectos obstaculizan o atentan contra el sistema de administración de justicia delineado por el Estado local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. La norma local referida a la mediación penal fue declarada inconstitucional por el *a quo*, en un supuesto en el cual no se desprende con absoluta nitidez que esa declaración fuera necesaria, pues no había acuerdo de mediación alguno que teóricamente se apartara del texto constitucional y, desde este primer punto de análisis, la decisión no puede ser reputada como un acto jurisdiccional válido. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. En el esquema constitucional que gobierna nuestro ámbito la decisión sobre el impulso de la acción queda en manos del Ministerio Público Fiscal, por elección del constituyente porteño (art. 13.3); pero de ello no se desprende, que los fiscales se encuentren obligados de manera ineludible y sin discrecionalidad alguna a impulsarlas hasta sus últimas consecuencias. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. Una interpretación sistemática de las distintas reglas constitucionales, que distribuyen las competencias entre el Gobierno nacional y los gobiernos locales, requiere que la determinación acerca de cuándo o en qué supuestos se puede interrumpir, suspender o hacer cesar el ejercicio de la acción penal pública sea resuelta por estos últimos, porque impedírselo los privaría de la posibilidad real de cumplir con su compromiso de estructurar y asegurar su administración de justicia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. No se advierten reparos para que en la órbita local sea el Ministerio Público Fiscal el encargado de determinar y decidir qué casos deberán ser materia de debate, cuáles no podrán serlo —por falta de pruebas o porque el debate no se justifica— y eventualmente cuáles podrían llegar a ser objeto de otro tipo de soluciones que se ajusten mejor a sus particularidades concretas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

20. La "mediación penal" surge de las facultades de legislación que tiene a su cargo esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129, C.N.) y el ejercicio de esta facultad hace de manera directa a su administración de justicia y no se enfrenta a los fines sustantivos que el Código Penal establece. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

21. El propósito de la mediación penal no es otro que devolver el conflicto a las partes y promueve, precisamente, que una de ellas —es decir, aquella que *prima facie* es identificada como "el imputado" y que no necesariamente resultará "condenado" si se celebrara el debate— se haga cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible y que disipe el conflicto, sin necesidad de un juicio y una sentencia (finalidad que no dista de aquella que inspira a la suspensión del juicio a prueba y a las reglas que, en rigor, podrían imponérsele si se sometiera a ese beneficio legal). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

22. El hecho de que el fiscal invite a las partes a resolver su problema por medio de un "acuerdo" voluntario, que en caso de frustrarse o no componer dicho conflicto importará la reapertura automática del proceso (arts. 199, h. y 203, *in fine*, CPP), en los supuestos en que lo considere beneficioso, no atenta contra el orden constitucional en forma alguna y no implica un avasallamiento de una competencia que haya sido asignada o que pueda sido reivindicada como propia y exclusiva del Gobierno federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

23. Mientras de manera dogmática se sostiene el postulado de la "legalidad" el sistema penal evidencia una realidad esencialmente distinta: la persecución penal oficiosa, incondicionada y fatal de todos los delitos que son denunciados es impracticable; y esta imposibilidad de investigar y perseguir hasta las últimas consecuencias todos lo casos que ingresan al sistema penal autoriza a implementar mecanismos racionales de selección que conduzcan a su adecuado funcionamiento y, en definitiva, a la satisfacción del interés general que la comunidad deposita en la Justicia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

24. La mediación penal constituye una nueva manera de aplicar criterios de oportunidad en la persecución de delitos, pues, según la naturaleza y las particularidades de cada caso (la afectación real del bien jurídico tutelado, la expectativa de pena que eventualmente podría aplicarse al ofensor y el daño concreto sufrido por el ofendido), permite saltearse el trámite jurisdiccional y busca evitar el desgaste de recursos que implica la normal sustanciación del proceso hasta el dictado de una sentencia de mérito; sentencia que, muchas veces, no encuentra más justificación que el sólo cumplimiento de la ley y no resuelve el conflicto que subyace a la eventual respuesta punitiva que brinda o podría brindar el Poder Judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

25. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la "mediación voluntaria" ha sido expresamente pensada por el constituyente local (arts. 106 y 81.2), como una herramienta válida para resolver conflictos de todo tipo, y la normativa cuestionada por la Cámara (art. 204.2, CPP), al margen de que pueda ser objeto de críticas —quizás, por su "ambigüedad o vaguedad"—, parece obedecer a la intención de reglamentarla, para ciertos supuestos de naturaleza penal en los cuales no exista un interés que exceda al de las partes involucradas en un determinado conflicto que los tiene como protagonistas directos e inmediatos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

26. El legislador porteño, al sancionar el CPP y en lo que hoy importa, ha facultado a los fiscales a hacer uso de un criterio de oportunidad, en función del cual puede proponer al imputado y al ofendido otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición (art. 204.2, CPP). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

27. Más allá de su acierto o error, el instituto de la mediación importa una solución que pretende limitar el poder punitivo del Estado, al establecer un mecanismo mediante el cual el imputado puede resolver su situación procesal en ciertos supuestos, sin necesidad de que se le aplique una pena. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. SAPCyF n° 6784/09 - 27/9/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor defensor general y el señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas acuden en queja ante el Tribunal (fs. 89/103 y 174/190) contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara (fs. 81/86) que declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad deducidos por la Fiscalía y la defensa, a su turno, contra la resolución mediante la cual el tribunal *a quo* (fs. 20/27) declaró, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 204, inc. 2º, del CPP CABA, y confirmó la decisión apelada.

La apelación que había habilitado la competencia de la Cámara fue interpuesta por la defensa contra la resolución de primera instancia que había rechazado un pedido del defensor dirigido a que el caso fuera sometido a una instancia de mediación (fs. 5/7).

2. La Fiscalía, en el recurso de inconstitucionalidad, había sostenido que la resolución cuestionada era equiparable a una sentencia definitiva. Al respecto, señaló que lo resuelto había enervado el ejercicio de poderes inherentes a una autoridad pública (el Ministerio Público Fiscal). En este sentido, explicó que se configuraba un caso de gravedad institucional porque los camaristas habrían invadido competencias del Tribunal y habrían lesionado las facultades de legislación propias de la Ciudad. Asimismo, consideró aplicable *mutatis mutandi* cierta jurisprudencia de la Cámara en la que se indicaba que las decisiones vinculadas a la procedencia de la suspensión del proceso a prueba eran equiparables a una sentencia definitiva.

Asimismo, tildó de arbitraria a la decisión de la Cámara y sostuvo, resumidamente, que la resolución afectó el principio de imparcialidad —al declarar la inconstitucionalidad de una norma sin fundamentos válidos, de oficio, sin sustanciación y en abstracto, porque en el caso no se había acordado la mediación—; lesionó al principio federal en cuanto a las facultades legislativas y jurisdiccionales de los Estados locales para administrar justicia en su territorio; desconoció las facultades del Ministerio Público Fiscal en un sistema acusatorio como el vigente en la Ciudad. La Fiscalía de Cámara expresó, de igual modo, que se había configurado un conflicto que involucraba la interpretación de los arts. 1º, 5º, 16, 75, inc. 12, 121 y 129, C.N., 1º, 6º, 11, 14, 106, 125, CCBA, 71, C.P. y 199, 203 y 204, CPP CABA; y, además, lesionó la prohibición de la *reformatio in peius*, el derecho de defensa en juicio y la garantía de debido proceso en tanto la Cámara, al resolver la apelación de la defensa, dejó al imputado en una peor situación de la que estaba antes de recurrir.

3. Por su parte, en el recurso de inconstitucionalidad de la defensa también se señaló que la resolución cuestionada resultaba equiparable a una sentencia definitiva. Sobre ese requisito de admisibilidad, el defensor indicó que el tratamiento posterior de la cuestión devendría tardío y generaría un perjuicio de imposible reparación. También indicó que ya no existiría posibilidad para el imputado de intentar la mediación penal en este proceso y, por lo demás, señaló que esperar hasta una eventual condena implicaría su irrazonable prolongación. Por último, postuló

seguir el criterio que habitualmente emplea la CSJN al resolver recursos dirigidos a cuestionar la denegatoria de una suspensión del proceso a prueba.

Con relación a sus motivos de agravio, la defensa expresó que la resolución de la Cámara había sido arbitraria, por razones similares a las que expuso la Fiscalía en su recurso. Además, indicó que los camaristas habían tergiversado la jurisprudencia de la CSJN en la que se convalidó la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma y, en similar sentido, señaló que los magistrados habían desconocido los fallos del Tribunal sobre el punto. Por otra parte, denunció la violación del principio de congruencia y de la prohibición de *reformatio in peius* porque la Cámara, al resolver la apelación intentada por la persona imputada, terminó perjudicándola. También consideró que se había lesionado la garantía de debido proceso en razón de que los camaristas habrían invadido competencias exclusivas del Tribunal al declarar —en abstracto— la inconstitucionalidad de una norma. Por último, indicó que la resolución atacada desconoció las reglas que consagran la autonomía de la Ciudad, y la consiguiente posibilidad de regular el instituto de la mediación penal.

4. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, consideró que correspondía declarar admisibles las quejas interpuestas, hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad y remitir las actuaciones al tribunal *a quo* para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 194/215).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. En autos acuden en queja tanto el Ministerio Público de la Defensa como el Ministerio Público Fiscal. Ambos recursos refieren a la misma cuestión de fondo, la cual a su vez es equivalente a la suscitada en varios procesos en trámite ante este Tribunal.

Como surge de los Resulta, los recurrentes se agravian de forma coincidente por la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la mediación que practicara de oficio la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

2. La queja interpuesta por la defensa es admisible. Fue deducida en tiempo y forma (art. 33, ley 402) y contiene una crítica suficiente y acertada de la resolución que le denegara el recurso de inconstitucionalidad.

3. Recurso de inconstitucionalidad de la defensa.

La Cámara intervino en autos a partir de que la defensa apelara la resolución del inferior que, frente a la oposición del Ministerio Público Fiscal, había denegado la instancia de la mediación. Dicho en otros términos, los magistrados debían decidir si la opinión fiscal es o no vinculante respecto de la aplicación de la mediación.

Al dictar sentencia, la Cámara declara de oficio la inconstitucionalidad del inc. 2º del art. 204 del CPP local, con el fundamento de que esa norma viola competencias nacionales en la materia.

En su recurso ante el Tribunal Superior, el señor defensor general se agravia por entender que, para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de su defendido, la declaración de inconstitucionalidad es innecesaria.

No tengo dudas en cuanto a que los jueces están habilitados para dictar inconstitucionalidades de oficio. Tampoco se me escapa que, desde el momento en que la defensa somete a decisión de la Cámara cuestiones que hacen al funcionamiento de la mediación y a las facultades que asisten al fiscal y a los demás intervinientes en ella, le atribuye el conocimiento del proceso y de forma implícita abre la posibilidad de revisión del instituto en sí.

No obstante ello, comparto lo señalado por mi colega José O. Casás, en cuanto a que, en principio, la declaración de inconstitucionalidad —máxime si es de oficio— sólo cabe cuando no exista otra posibilidad de resolver adecuadamente un pleito.

La Cámara, al fallar como lo hizo, sobredimensionó la cuestión a decidir y utilizó de manera infundada una herramienta excepcional como lo es, justamente, la declaración de inconstitucionalidad.

Al actuar así no se hizo cargo de los agravios deducidos por la defensa, vulneró el debido proceso, e impidió al recurrente obtener una respuesta en torno de sus planteos, ya que como señala Zaffaroni las disposiciones procesales del código penal deben ser entendidas como "garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar"; y que no "puede explicarse una parcial competencia legislativa federal en materia procesal por la necesidad de dejar a salvo el principio de igualdad a secas [tal como hace la Cámara en autos]… Sin embargo, el criterio de igualdad es atinado, si la legitimidad de la ley marco se funda en la admisión de que las garantías procesales se realizan de modo progresivo y diferenciado en cada legislación y, por tanto, en la necesidad de establecer un criterio mínimo parejo para todo el país" (en Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 160).

4. En atención a los argumentos expresados, considero inoficioso expedirme respecto de los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal.

5. Por ello, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Ministerio Público de la Defensa y reenviar las actuaciones para que los jueces resuelvan el recurso de apelación de acuerdo a las consideraciones precedentes.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El pronunciamiento a cuya revisión se aspira declaró la inconstitucionalidad del inc. 2º del art. 204 del CPP CABA que incluye a la mediación entre los medios alternativos de solución propios de la "Clausura de la etapa de investigación preparatoria y citación a juicio" del proceso penal, organizada en el Título IX del CPP CABA. En tales condiciones, el conflicto entre una ley local y las diversas cláusulas

de la C.N. invocadas (arts. 31 y 75, inc. 12) configura una cuestión constitucional de las que habilita la intervención del Tribunal, según lo dispone el art. 27 de la ley 402 y doctrina de *Fallos,* 306:480 y 311:2478.

2. Además, conforme se verá en lo que sigue, el modo en que se resolvió el punto constitucional en juego trasciende por mucho el interés individual de las partes y se proyecta de modo directo en relación con el universo de delitos susceptibles de ser abordados mediante la "...instancia oficial de mediación o composición" regulada en el citado art. 204, inc. 2º, del CPP CABA.

En efecto, el *a quo* sostuvo que esa normativa "supone la asunción de facultades legislativas exclusivas del Congreso nacional, en tanto y en cuanto el art. 75 inc. 12 C.N. dispone que es atribución de aquél el dictado de los Códigos de fondo, en virtud del principio de unidad de legislación para todo el país, por lo que no puede la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires invadir ese ámbito en el ejercicio del propio en materia procesal. La introducción de la mediación al sistema penal requiere, pues, una necesaria reforma al Código Penal" (fs. 26). Todo ello, según la sentencia impugnada, vulneraría el principio de oficialidad y la garantía de igualdad (fs. 20/27).

La inconstitucionalidad del precepto fue declarada en una causa en la que el fiscal no propuso que "el imputado" y "el ofendido" recurrieran a una instancia oficial de mediación. A su turno, si bien la defensa del primero ha requerido acceder a ese mecanismo su pedido no progresó y, entonces, no existe en autos ningún acuerdo previsto, muchos menos alguno cumplido o incumplido, a cuyo respecto quepa formular apreciaciones concretas, ya sea en lo que hace a su validez o alcance.

El resultado al que arribó el *a quo* es uno que —sin abrir juicio sobre el cumplimiento de los presupuestos exigibles para justificar la necesidad de declarar la inconstitucionalidad decretada— vendría, en virtud del valor que pudiera atribuírsele como precedente en la materia, a quedar automáticamente aplicado en relación con todo proceso penal que, en la etapa de investigación preparatoria, incorpore el intento de obtener una "composición" a través de una instancia oficial de mediación.

En tales condiciones, resulta evidente que la decisión cuestionada compromete el desarrollo del proceso penal según éste quedó regulado por la normativa local aplicable, extremo que convierte al asunto en un tema de relevancia institucional que impone, por la extensión de sus consecuencias, equiparar el pronunciamiento atacado con uno definitivo.

No se me escapa que, como se destaca en el recurso, la declaración de inconstitucionalidad cuestionada fue realizada de oficio. Las declaraciones oficiosas presentan entre sus inconvenientes principales que ellas prescinden de la voluntad de quien se halla en la situación individual comprometida en el conflicto normativo, según sostuve en *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, en especial, pp. 129 y ss. En el caso, los jueces de mérito obviaron considerar, entre otras cuestiones, que el imputado fue quien solicitó la mediación, esto es, lejos de pedir tutela frente a la ley pidió su aplicación. Esa situación, el hecho de que la CSJN haya entendido —aunque en ocasiones que la sentencia atacada

no muestra que sean equiparables a la de autos— que es posible que los tribunales declaren inconstitucionalidades de oficio (véase *Fallos,* 324:3219), así como también los efectos que, conforme lo dicho, pueden desprenderse del precedente, aconsejan tratar las cuestiones ahora traídas a consideración de este estrado.

Por lo dicho, corresponde admitir las quejas y resolver los recursos de inconstitucionalidad planteados en autos.

3. En primer término conviene transcribir el precepto declarado inconstitucional para esclarecer de modo preliminar dos cuestiones que brindarán dimensión al resto de los argumentos en que encuentra apoyo este pronunciamiento.

El inc. 2º del art. 204, incluido en el Título IX "Clausura de la investigación preparatoria y citación a juicio" del CPP CABA, dispone:

"Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la fiscal podrá:

(...) *2)* Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición.

No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I —Delitos contra la vida—) y Título III (Delitos contra la integridad sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el art. 91 del C.P., cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho. —art. 8° de la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

En caso de acuerdo el/la fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite".

3.1. El análisis de esta normativa no puede perder de vista que la CCBA ha organizado el proceso penal bajo la modalidad del sistema acusatorio (art. 13, CCBA) que el legislador ha reglamentado como claramente adversarial manteniendo al juez en su función, esto es, sin atribuirle la gestión del interés público. En oportunidades anteriores he tenido ocasión de señalar que, en el marco de procesos que adoptan ese esquema, "...quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro. Esto significa que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. Es decir, los jueces no pueden obrar a su propia instancia. Una parte legitimada a ese fin debe estimularlos". Por ello, las atribuciones del juez no aparecen orientadas a controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al Ministerio Público, sin perjuicio de que, por ejemplo, puede requerirse su intervención para asegurar que "...un acuerdo que genera cargas

para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez". Ello, sin dejar de enfatizar que "[n]o constituye razón ni materia de ese examen la decisión de impulsar o no la acción pública (...) cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del 'sistema acusatorio'" (*mutatis mutandi* "Fabre... "). La opción asumida por el legislador en la normativa procesal bajo estudio es, dentro de nuestro sistema de gobierno, la que suministra la regla cuya interpretación y aplicación corresponde formular a los jueces quienes no están llamados a reemplazarla con apoyo en otras concepciones posibles del principio acusatorio [Baker v. Carr (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina fue recogida por la CSJN a partir del fallo "Zaratiegui, Horacio" *Fallos,* 311:2580].

3.2. En realidad, el *a quo* declaró inconstitucional el art. 204 inc. 2º del CPP CABA en cuanto allí se regula un mecanismo de acercamiento entre partes, en un conflicto, cuyo propósito es buscar una composición concertada de los intereses (susceptibles de juzgamiento o no, y sean estos o no los que están en colisión) de esas partes y que se traduce en productos diversos, consistentes en compromisos con diversa solemnidad, pero, sin descartar opciones unilaterales que tienen en mira las respuestas de la otra parte que se hacen previsibles a partir de lo actuado en el marco del desarrollo de la mediación, relacionados siempre con aquello de que las partes pueden disponer. La sentencia, entonces, no distingue entre ese mecanismo de acercamiento y los contenidos o eventuales efectos de esos productos para justificar el alcance que se le asigna al citado art. 204 inc. 2º al declarar su inconstitucionalidad. Se trata de dos aspectos perfectamente escindibles y los mencionados en último término exhiben una reglamentación que no se ha mostrado ajena o incompatible con un procedimiento previo de mediación (v. gr. arts. 199 inc. h, 203 y 266, CPP CABA). Basta por ahora destacar que no se puede asimilar el instituto de la mediación con algunos de sus posibles resultados pues, conforme explicaré oportunamente, para que estos se produzcan, entran en juego previsiones normativas que no han sido cuestionadas e impiden concluir que lo establecido en el art. 204, inc. 2º, del CPP CABA coincide con un supuesto de extinción de la acción penal que vulnere el art. 31 de la C.N.

4. Sin perjuicio de lo dicho respecto del sistema acusatorio, conforme el análisis que se hará de la organización federal que regula el reparto de competencias entre la Nación y los Estados locales, cabe señalar que la invocada existencia de planos superpuestos entre la previsión del art. 204, inc. 2º, del CPP CABA y la reserva del ar. 75 inc. 12, en detrimento de la cláusula de supremacía (art. 31 de la C.N.), no se verifica por cuanto la recta lectura de esas normas demuestra su compatibilidad dentro del régimen previsto y garantizado por los arts. 5º, 121, 126 y 129 de la C.N.

5. Es una noción básica aquella según la cual el federal es un gobierno de poderes enumerados, mientras que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, tienen el poder residual que les aseguran los arts. 121, 124, 126 y 129 de la C.N. A la luz

de esta regla, para que una ley del Congreso integre la ley suprema de la Nación, (en los términos del art. 31 de la C.N.), ella debe sustentarse en una atribución que le haya sido conferida a dicho Poder por la Constitución Nacional.

Sin embargo, aunque enumerados, esos poderes o atribuciones no tienen por qué serlo expresamente. La jurisprudencia norteamericana había desarrollado ya antes de 1853 las nociones de poderes implícitos y resultantes.[57] La idea de poderes inherentes contenida en el precedente "United States v. Curtiss-Wright Export Corporation" (299 U.S. 304) es del año 1936, y está dirigida a atribuciones de naturaleza muy alejada de la que hoy nos ocupa, atribuciones que, por hipótesis, no pueden colidir con las provinciales. Empero, si la atribución de legislar acerca del modo de organizar los procesos judiciales en el ámbito local no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta de la masa de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada Estado federado.

La idea de institutos generales como fundamento de la extensión de competencias federales hasta invadir las locales fue expresamente desechada por la jurisprudencia americana, no por razones de imposibilidad teórica sino porque la teoría, cualquiera fuera su acierto, no puede redistribuir lo que la constitución ya distribuyó (conf. "Erie Railroad co. v. Tompkins", 304 U.S. 64, 1938). Dicho en otros términos, y al margen de la consideración especial que se brindará a los alcances de la reserva prevista en el art. 75 inc. 12 de la C.N., la distribución de poderes que hace la C.N. tiene bases sistemáticas que no pueden ser alteradas por construcciones científicas elaboradas con otros propósitos. Es por ello que, categorizar ciertos contenidos dentro de determinada rama del derecho con base en una concepción relativa al método con que se estima que deben ser abordados o una edificada sobre una ontología cuya compatibilidad con el federalismo no quede demostrada sobre bases de interpretación de las cláusulas constitucionales resultaría insatisfactorio. En síntesis, la asignación de una materia al Congreso o a las legislaturas locales no puede venir fundada en una sistematización académica del contenido de esas materias sino en su relación con las cláusulas constitucionales que distribuyen el poder; y para entender estas cláusulas es indispensable tener presentes permanentemente las razones de esa distribución y que, al decir de Marshall, la constitución no organizó un gobierno tullido ni, agregó aprovechando su inspirada concepción, gobiernos provinciales tullidos o disfuncionales. Obsérvese en ese sentido lo que prescribe el art. 126 condicionando la prohibición de sancionar leyes con los contenidos contemplados en el art. 75 inc. 12 a que el Congreso haya legislado efectivamente a su respecto.

Por lo demás, si bien las normas locales no pueden contener previsiones que entren en colisión con las dictadas a nivel nacional que constituyen la ley suprema

[57] "Mc Culloch v. State of Maryland", 17 U.S. 316 (1819); "Gibbons v. Ogden", 22 U.S. 1 (1824); y, finalmente, "American INS. v. 356 Bales of Cotton", 26 U.S. 511 (1828).

de la Nación con arreglo al art. 31 de la C.N., la divergencia de textos (local y nacional) sobre una misma materia implicará la inconstitucionalidad de la normativa local sólo cuando afecten leyes del Congreso sancionadas dentro del universo de poderes enumerados. Fuera de él, no son ley suprema de la Nación.

6. En ese esquema, el art. 75. inc. 12 encuentra sustento en la delegación de los Estados locales que atribuyeron la sanción de los códigos de fondo al Congreso nacional. En tanto esa normativa no incluye los tópicos propios del derecho público local, la materia procesal para lo que ahora importa, no puede presumirse incluida, por regla, en ese ámbito. En todo caso, los supuestos de excepción requieren compromiso del interés que justifica las responsabilidades atribuidas por la cláusula citada al Congreso nacional. Ese interés no es otro que encomendar la legislación acerca de los derechos de los habitantes de manera de igualarlos en lo básico en todo el territorio de la Nación.

A su vez, es el propio texto constitucional el que establece que en los supuestos de competencias delegadas al Congreso nacional pero no ejercidas, los Estados locales tiene facultad para regularlas (art. 126, C.N.).

Ello así, en tanto aceptemos que la inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del sistema y que el legislador se presume coherente, habrá que concluir que la compatibilidad entre los preceptos bajo estudio es la única posible: el Código Penal no trata el modo en que se organiza el proceso judicial en relación con las atribuciones conferidas al Ministerio Público Fiscal. Luego, la solución del caso de autos puede prescindir de determinar si el Congreso nacional tiene la competencia para regular bajo qué condiciones se impulsa la acción penal. Si, por hipótesis se asumiera que, acorde con el art. 75, inc. 12, de la C.N., el Código Penal pudo tratar unificadamente el tópico que nos ocupa (mediación durante la investigación penal preparatoria), aún así el art. 126 de la C.N. abriría la puerta a la regulación por las provincias de esa cuestión que, aunque parte del derecho común en la hipótesis bajo análisis en este punto, no recibió atención aún del Congreso. En realidad, probablemente, el Congreso nacional la estimó, con compartible criterio, ajena a sus poderes.

A su turno, ese esquema de distribución del poder en la organización federal, por vía de la reserva del art. 75, inc. 12, de la C.N. dispone que la interpretación de las normas del Código Penal es privativa de los tribunales provinciales, lo que muestra que la aplicación efectiva de los códigos en general y del penal en particular es de interés local no federal.

7. En el marco de este análisis vale recordar que el Congreso nacional es el primer intérprete de sus potestades y que los derechos de las personas es lo que brinda razones para sujetar su regulación a reglas uniformes emitidas por aquél, potestad que no abarca a las decisiones de los órganos locales que discurran en el ámbito de competencias propias (art. 5º C.N.). Respecto de ese último ámbito rige igual premisa y será la Legislatura local la encargada de interpretar sus atribuciones. A diferencia de lo que postula la sentencia impugnada, la ley local asume como

parte de su competencia la regulación del instituto en cuestión y los jueces están llamados a formular una interpretación que lo concilie con el resto del ordenamiento, tanto local (v. gr. arts. 199, 203 y 266, CPP CABA) como nacional (arts. 5º, 75 inc. 12, 126, 129 de la C.N.) y no privilegiar una que pone en pugna las disposiciones en juego para neutralizar unas con otras sin demostrar exceso en la regulación procesal bajo estudio. Por su parte, y en coincidencia con ello, la inclusión de supuestos tales como, por ejemplo, los regulados en el art. 334 ss., art. 422, 423 y art. 431 bis del CPPN, muestra que en la visión del propio Congreso nacional la regulación de institutos que pueden agotar el ejercicio de la acción penal como parte del derecho procesal, constituye una materia ajena a los códigos de fondo y propia de los Estados locales sin que tales previsiones supongan afectar el ámbito del art. 75 inc. 12 de la C.N.

8. Para el supuesto que nos ocupa, la armonía entre el precepto impugnado y las previsiones de los arts. 59 y 71 del C.P. deriva, reitero, de asignarles una lectura que los concilia a partir de las reglas derivadas de las previsiones constitucionales invocadas (art. 31, 75 inc. 12 de la C.N. y art. 13 de la CCBA) en el marco del régimen federal.

En ese contexto, mientras que corresponde al legislador nacional establecer el universo de las acciones de instancia pública, es privativo de las jurisdicciones locales regular el modo de organizar los procesos mediante los cuales se resolverán tales acciones. Hay una diferencia entre, por un lado, disponer el inicio "de oficio" de las acciones públicas (art. 71 del C.P.) y, por otro, resolver qué órgano local será el destinatario de ese mandato o cómo será organizado localmente el impulso del proceso. La primera potestad ha sido ejercida en el ámbito del art. 75 inc. 12 de la C.N., la segunda compete a las autoridades locales a quienes la Constitución Nacional garantiza el derecho a darse sus propias instituciones, entre ellas la administración de justicia (arts. 5º y 129).

El ejercicio por parte del Congreso de la Nación de la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI, art. 71 del C.P.) no restringe las potestades locales para regular el modo en que el fiscal impulsa la acción. Establecido que el Código Penal no atribuye el ejercicio de la acción pública a ningún sujeto más que al Estado, la legislación local que regula ese punto está respaldada por el art. 124 o bien por el 126 de la C.N. para hacerlo, y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del art. 116, siempre de la C.N.

Cuando la Constitución local, por medio de la ley local o sin ella, y con los límites que normas locales de esta especie prevean, permite que sea el fiscal el que disponga de la acción penal, está disponiendo de potestades e intereses que han quedado reservados a los pueblos de cada provincia. Un ejemplo elocuente a ese respecto es la figura del indulto al que me referiré en el punto 14 de este voto.

9. Por otra parte, tampoco se ha mostrado que la previsión procesal bajo estudio suponga una disposición de la acción que contradiga el ámbito del art. 59 del C.P. en cuanto allí se enumeran causales de extinción de la acción penal.

Siempre desde el enfoque general de la norma que presidió el análisis del *a quo*, sin abrir juicio acerca del acierto o error que supone ese abordaje, conviene advertir que el precepto local no establece la extinción de la acción como consecuencia de la mediación, ni se ha probado que ella, conciliación mediante, no se producirá por alguno de los supuestos previstos en el mencionado art. 59 C.P. u otro mecanismo, regulado por autoridad competente, instado por parte legitimada y requerido de la intervención del juez (v. gr. art. 266 del CPP CABA o 76 bis del C.P.).

En esa línea, vale recordar que el legislador nacional ha introducido supuestos de extinción de la acción penal no contemplados en el art. 59 C.P. Uno de ellos es el agotamiento del plazo sin que se dé alguna de las situaciones que llevan a levantar la suspensión del proceso a prueba (art. 76 ter). Una vez transcurrido, se extingue la acción y no se lo podría reputar como inconstitucional por el simple hecho de verificar que ese supuesto no aparece enumerado en el art. 59 del C.P.

En realidad, según fue destacado al inicio del voto, el *a quo* declaró inconstitucional el art. 204 inc. 2º del CPP CABA en cuanto allí se regula un mecanismo de acercamiento entre personas y órganos interesados en el curso de la acción penal, y que tienen posibilidad de influir en él. Ese mecanismo puede desembocar en resultados diversos con efectos también diversos, que no cabe considerar porque no concurren en el *sub lite*.

10. Reviste especial interés destacar que las cuestiones relativas a la acción penal reguladas en el Código Penal no son todas ni podrían serlo. Son solamente aquellas a cuyo respecto es identificable un interés de la índole de los que la C.N. ha puesto bajo la responsabilidad del Congreso. Por ello, la distinción entre acciones públicas, privadas y dependientes de instancia privada, que, más allá del lenguaje imperativo que emplea para el ejercicio de las públicas, es una manera de dotar de ciertos derechos a las víctimas de los delitos (piso de derechos generales para todos los habitantes). En efecto, al haber condicionado a la decisión de un particular el ejercicio de determinadas acciones ha venido el Código a limitar la potestad de las provincias de perseguir o no perseguir los delitos que caen bajo su jurisdicción. A los derechos de las personas remite también la extinción por prescripción. Pero, en cambio, no hay ni podría haber legislación nacional acerca de la organización del Ministerio Público Fiscal ni de sus atribuciones, tampoco del indulto y conmutación de penas, no la hay acerca de la organización judicial ni del procedimiento, salvo los límites por extrema lentitud u otros dirigidos a establecer un piso de derechos para las personas que los padecen. Tampoco hay regulación nacional de las potestades de los jueces, salvo las muy específicas relacionadas con los derechos de las personas. Decir, por ejemplo, que todas las causales de extinción de la acción penal están contempladas en el art. 59 del C.P. y normas nacionales complementarias supondría eliminar el indulto como modo de aniquilarla, tema del que, según anuncié, me ocuparé en el punto 14. La regulación de la acción en el Código Penal, que se asume como válida a los fines de estas consideraciones, constituye un límite al ejercicio de potestades provinciales, pero, en modo alguno,

puede ser interpretado como un sistema normativo que agota las posibilidades de regular el ejercicio de la acción pública.

Por el contrario, el tribunal *a quo* sostiene que la mediación, como solución alternativa de los conflictos penales, no podría ser establecida por el legislador local por tratarse de un supuesto de extinción de la acción penal no previsto en el art. 59 del C.P. El razonamiento de los jueces parte, como se ve, de considerar que todo lo relacionado con la regulación de la acción penal formaría parte de la materia delegada por las provincias al Estado nacional y ofrecen como prueba irrefutable de ello su inclusión en el código penal.

Sin embargo, no se advierte que con el establecimiento de la mediación la autoridad local se haya exorbitado en su competencia, pues ha legislado sobre un asunto de naturaleza procesal que, como afirmé en el punto 6, incumbe por regla al derecho público local. En efecto, no se puede desconocer que el régimen de la acción es un tópico que desde el punto de vista teórico no pertenece al derecho de fondo y cuando el Congreso nacional legisló respecto de esa materia sólo pudo hacerlo como un supuesto de excepción con el fin de igualar en lo básico los derechos de los habitantes en todo el territorio de la Nación.

Ahora bien, que el Congreso nacional lo haya hecho en alguno de sus aspectos no quiere decir que las legislaturas de las provincias y de nuestra Ciudad Autónoma hayan perdido por esa circunstancia la facultad de legislar acerca de la disposición de la acción penal: lo único que se les exige es que lo hagan respetando el baremo que garantiza la ley nacional y en ese sentido no se vislumbra bajo ningún concepto que la mediación penal pueda implicar un menoscabo de los derechos de los habitantes de la Ciudad con relación a los reconocidos por la ley nacional. Por el contrario, la circunstancia de que tanto la Fiscalía como la Defensoría de la Ciudad hayan recurrido a esta instancia para defender la validez de la norma en cuestión demuestra que dicho medio alternativo de solución del proceso penal amplía y no reduce las posibilidades de una mejor solución para las partes.

En esa línea, Eugenio R. Zaffaroni en *Derecho penal. Parte General*, edición 2000, destaca "…las disposiciones procesales del Código Penal no son inconstitucionales, a condición de ser entendidas como garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar" (p. 160).

11. A su turno, la ausencia de una mediación concreta y más precisamente de acuerdos o decisiones fruto de ella, hace que no exista sustento fáctico que permita a los jueces expedirse en relación con los efectos jurídicos que el instituto mencionado proyectaría respecto del agotamiento de la acción penal.

Aunque asiste razón a la Sala I de la Cámara PCyF cuando sostiene que los preceptos que regulan la mediación "…adolecen de suma vaguedad y ambigüedad..." pues ella "...posee contornos muy difusos a lo que se suma la ausencia de todo mecanismo de control" (fs. 21 vta.), no es menos cierto que el desarrollo legislativo del precepto, así como su posterior interpretación y aplicación, en casos concretos, por los órganos permanentes del Poder Judicial y conforme el conjunto de normas comprometidas, ya citadas a lo largo del voto, no pueden quedar oclui-

dos por una sentencia en la que no se explica cuál sería el supuesto de hecho que permite concluir que en autos está en juego la extinción de la acción penal cuando, en realidad, el proceso sigue en trámite.

En esa línea, la validez del régimen de la mediación a la luz de otras garantías previstas por el ordenamiento a favor del imputado, deben analizarse ligadas a una situación de hecho y frente a planteos concretos a su respecto, extremos reitero, por completo ausentes en autos en función de la inexistencia de una mediación en curso. Frente a esa situación es imposible adelantar criterios relativos a cómo impactaría una conciliación en relación con el ejercicio de la acción si se advierte el conjunto de atribuciones y derechos que se pone en juego así como las diferentes modalidades que pueden adquirir las unas y los otros en su ejercicio (v. gr. arts. 266 del CPP CABA, 76 del C.P.).

12. A esta altura, en línea con lo señalado en los puntos 3.2 y 9 (diferencia entre mediación y los contenidos o eventuales efectos que ella puede generar), entiendo útil mostrar cuál es el sentido que tiene la regulación de la *probation* como parte del derecho común (art. 76 bis, C.P.), pues al definir los contornos que justifican su inclusión en ese cuerpo también se estarán marcando las diferencias reconocibles entre ese instituto y el supuesto de mediación que nos ocupa, para, con ello, entender el diferente tratamiento que merecen y las diversas competencias que cada uno compromete. Se trata de dos institutos que no son incompatibles sino que la *probation* puede ser un resultado que tuvo comienzo en un acuerdo de los comprendidos en el art. 204 inc. 2º del CPP CABA.

La suspensión del proceso a prueba, en el esquema reseñado, es un supuesto especial cuyas notas características no imponen pero si justifican el interés de la Nación. El motivo es que la asunción de cargas supone una restricción a los derechos de los individuos, además de la limitación al ejercicio de la acción, y esa restricción a las personas justifica una reglamentación nacional, por la sencilla razón de que la C.N. ha puesto en la órbita del Congreso lo relativo a la legislación sobre los derechos de los habitantes, de manera de igualarlos en lo básico en todo el territorio argentino. Esto no quiere decir que las provincias no reglamentan derechos. El art. 5º de la C.N. precisamente lo presupone. Sin embargo, tanto el primer título como el art. 75 inc. 12 importan asumir la concepción según la cual el piso común lo sanciona la Nación. Esto justifica que la asunción de cargas para evitar el riesgo de sufrir una sanción prefijada por ley nacional quede regulada por ley nacional. En cambio, cuando el art. 266 del CPP CABA permite negociar límites a las sanciones, dentro de las escalas previstas por ley nacional, no hace sino ejercer lo que ha quedado en poder de las provincias por la C.N. y porque no se ve razón federal que justifique un avance nacional en esa materia. Aplicar el castigo dentro de los límites prefijados por la Nación es resorte exclusivamente provincial a diferencia de lo que ocurre cuando de lo que se trata es de convertir la asunción de cargas (*probation*) en el objeto lícito y jurídicamente posible de un acuerdo; ese piso corresponde a la legislación encomendada a los códigos de fondo.

13. A su turno, las consideraciones formuladas por la CSJN en *Fallos,* 327:5863 resultan aprovechables en cuanto señala que el derecho de defensa y la imparcialidad que resguarda el principio acusatorio presupone que el impulso de la acción "provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del 'debate' (...) sino que su vigencia debe extenderse a la etapa previa, de discusión acerca de la necesidad de su realización" (consid. 16). También resulta destacable cuando aclara que "...aún en un contexto normativo limitado a lo que ha dado en llamarse el principio 'acusatorio formal' (...) resulta insostenible que sea el tribunal (...) el que pueda ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo a favor de la persecución, asuman un compromiso activo a favor de ella" (consid. 19). Ambos pasajes demuestran que el ejercicio de la acción y la decisión de impulsarla son decisiones privativas del agente fiscal en las que no puede quedar sustituido por el juez. La intervención de los fiscales y de los jueces, según el precedente citado, involucra el ejercicio de misiones que "se excluyen recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar" por tanto los jueces carecen de facultades para "...determinar el contenido de los actos del fiscal" (consids. 23 y 33).

Por otra parte, la sentencia citada alude expresamente al alcance atribuible al principio de "oficialidad" invocado por *a quo* para adoptar la solución ahora cuestionada (véase fs. 21 vta.). En tal sentido, la CSJN aclara que "...la colisión entre la regla que impone a todos los funcionarios estatales el deber de provocar la persecución penal y la necesidad de garantizar un proceso imparcial, que facilite el ejercicio de la defensa, ya ha sido resuelto por esta Corte a favor de la vigencia de ésta" y que "...la obligatoriedad de la persecución penal (...) nunca fue entendida por esta Corte con una extensión tan amplia como para imponer al Ministerio Público la obligación de acusar" (consid. 21).

En el marco de un proceso que la Corte describe como "contradictorio", es decir de matriz *adversarial* (véase consid. 15) resulta evidente que la aludida obligatoriedad de provocar la persecución penal —relacionada por la Sala I con las previsiones del art. 274 del C.P.— no puede conducir a modificar la función del juez. Mientras que al fiscal le corresponde gestionar los intereses puestos bajo su órbita, al juez, en cambio, le toca obrar como tercero imparcial que resuelve las pretensiones sometidas a juicio. Cuando el fiscal no impulsa el proceso, el juez no puede hacerlo por él, como tampoco lo podrían ni el Jefe de Gobierno ni la Legislatura. Las consecuencias derivadas de la decisión de no instar la acción, en todo caso, deben buscarse en la normativa que organiza al Ministerio Público que, en el supuesto que nos ocupa, sujetan el obrar del agente fiscal al control jerárquico dentro de la estructura a la que pertenece, encabezado por el fiscal general quien, a su vez, está sujeto a la remoción por juicio político. Fuera de tales consecuencias, el ordenamiento de la CABA no contempla otras variantes. Visto desde la perspectiva de quien se defiende, el orden jurídico no le impone resistir más que al fiscal, no a otros órganos o ramas del poder público. La posibilidad de innovar no es ajena al

legislador sin perjuicio de los límites impuestos por las normas constitucionales, básicamente, por el derecho de defensa y la garantía de imparcialidad.

14. La Constitución Nacional, en todas sus versiones trató el indulto como una facultad del Poder Ejecutivo susceptible de ser aplicada a los delitos "sujetos a la jurisdicción federal". En su primera versión, inc. 6º del art. 83 de la Constitución de 1853. En ese texto, tenía aún más fuerza la limitación a los delitos de jurisdicción federal, puesto que no existía la reserva del art. 67 inc. 11 de 1860, actual art. 75 inc. 12. En cambio, no existe referencia específica a aquellos otros que lo están a jurisdicciones locales. Varias son las consecuencias que pueden extraerse de esta cláusula en unión a las más generales que organizan la división de poderes dentro del Gobierno federal y los de éste respecto de los de los gobiernos locales. Una de ellas es que el indulto es medida ajena al Congreso. Podrá éste, quizás, emitir, a su respecto, reglamentos de los previstos en el art. 75 inc. 32; pero, ciertamente, no puede reducir la atribución presidencial. Una segunda es que, en tanto es el Presidente quien ejerce esa atribución, le asiste, con arreglo a la doctrina recordada en *Fallos,* 53:420 (1893), la potestad de interpretarla en primer término. En tal sentido, el precedente citado destaca que "[c]ada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente…". Una tercera es que en tanto el poder de indultar no ha sido delegado, se aplica a él la regla del art. 121 que pone en la esfera reservada a las provincias ejercer toda potestad no delegada. Consecuentemente, incumbe a cada Estado local establecer qué órgano u órganos o conjunción de órganos y con qué alcance podrán ejercer la atribución en el ámbito respectivo a dicho Estado.

Es obvio que una ley del Congreso no puede modificar esta distribución de poderes.

Tampoco cabe extender la facultad del art. 75 inc. 12 hasta comprender lo relativo al indulto, puesto que la Constitución Nacional lo dejó aparte al incorporar el texto del inc. 5º del art. 99. Ni puede suponerse que el citado inc. 5º viene a constituir una modalidad de la reserva del inc. 11, puesto que corresponde a un texto constitucional que no contenía esta última cláusula.

Es del caso recordar también que la Constitución de los EE.UU. fue interpretada incluyendo tanto la hipótesis de perdón al procesado como al condenado, su texto es fuente indiscutible del argentino, a excepción del deber de requerir informe judicial. Precisamente, este requisito solamente es aplicable al indulto federal.

Se ha discutido, en nuestro país, si el indulto puede beneficiar al procesado o sólo al condenado, esto es, si puede operar efectos tanto sobre la acción como la pena o solamente sobre la cosa juzgada. En esta última postulación, las expresiones "indulto" y "conmutación total" denotan lo mismo.

El art. 68 del C.P. milita probablemente en esa idea, aunque no es de lectura inequívoca, ya que solamente interpretado *a contrario sensu* habla de la acción, y la interpretación *a contrario* no siempre es aplicable sino que lo es cuando se dan condiciones no presentes en el caso ("Pinto Barros, Diego Hernán c/GCBA s/im-

pugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6602/09, sentencia del 4/11/2009 y expte. n° 6925/09, "Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098, *habeas corpus*'", sentencia del 11/8/2010). Aun cuando hubiera razones en el texto para asumir que esa modalidad interpretativa es la apropiada al caso, habría que adoptar pues, por razones de las que me ocupé en un artículo publicado en La Ley (1990-B, 1198) interpretarlo así lo volvería inconstitucional, pues vale tanto como admitir que el PL pueda eliminar facultades otorgadas al Poder Ejecutivo por la Constitución Nacional. Por otra parte, es curioso ver que los sostenedores de la equiparación entre indulto y conmutación total presentan la restricción del perdón al condenado como una modalidad del respeto a la actuación judicial, aunque, con buenas razones, podríamos ver como enormemente más grave la temida interferencia cuando en lugar de consistir en no requerir el pronunciamiento del juez se procede a privarlo de efectos.

La interpretación del art. 68 que estimo correcta se limita a dejar a salvo la reparación del perjuicio ocasionado a particulares. Es curioso que no deje a salvo el ocasionado al Estado, o a los Estados locales suponiendo que a estos fines los contemple, como si la voluntad de no hacer efectiva una pena no fuera escindible de la de recuperar los valores económicos de que la sociedad se vio privado por una conducta ilícita.

De todos modos, no me internaré en el asunto, puesto que no es necesario resolverlo a los fines de decidir lo que aquí nos ocupa. Ello así, porque, cualquiera haya sido la voluntad del constituyente federal, no es dudoso que solamente se pudo referir, en cuanto a la medida aplicada al procesado, al indulto federal, único instituto tratado en el inc. 5º del art. 99 de la C.N.

Ello implica que, aun cuando se quiera sostener que el indulto federal no tiene efectos sino sobre la pena, quedó en el ámbito local lo relativo a la disposición sobre la acción penal por medio del indulto, mientras que la amnistía quedó reservada al Congreso.

Estas conclusiones proyectan efectos sobre lo que puede denominarse principio de oficialidad. Si se mune al citado principio con un contenido limitado a que, en ausencia de previsión distinta, la acción penal compete al Estado local o federal, según el caso, y a éste asignarla a uno de sus órganos. Si, en cambio, se busca incorporar al citado principio un contenido consistente en que la acción no es disponible por el órgano al que las normas locales la confían, se estará poniendo en el Código Penal un contenido del que el Congreso no habría podido dotarlo.

En síntesis, suponer que la regulación de la acción penal puede pasar por sobre la reserva de los gobiernos locales en lo relativo al indulto es borrar el sentido claro del art. 121 ante el 99 inc. 5º, ambos de la C.N. 1994.

15. En cuanto a las potestades de los Estados locales conviene destacar que en una concepción de Estado basada en el principio de soberanía popular y en la forma republicana de gobierno, los Estados locales delegantes no concurren a esa delegación con poderes reconocidos como propios en sentido estricto, sino como

resultantes de un aporte de los individuos a quienes representan. Desde esta perspectiva, no caben dudas acerca de que el "pueblo" —cuya soberanía constituye uno de los principios fundamentales de la C.N. y base de los poderes que ejercen las autoridades que establece— es tanto el que reside en las provincias, como el que lo hace en la Ciudad de Buenos Aires. Negar facultades propias de los Estados locales a esta Ciudad importa negar la igualdad entre pares; esa igualdad que exige reconocer iguales gobiernos para personas iguales y con idénticos derechos a los de sus vecinos (conf. voto conjunto de los jueces Conde, Casás y Lozano en "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de incompetencia en autos 'NN s/inf. art. 00 —presunta comisión de un delito—'", expte. n° 6397/09, sentencia del 27/8/2009).

Bajo diversas modalidades la mediación en el proceso penal aparece regulada en varias provincias, entre ellas, Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Misiones, Río Negro, Santa Cruz y Santa Fe. En esa línea, el proyecto de Ley de Mediación Penal para el ámbito nacional 4715-D-04, en sus fundamentos, consigna que la regulación del principio de oficialidad involucra "...una facultad de las provincias constitucionalmente no delegada a la Nación, cual precisamente la de regular los institutos procesales para el cumplimiento a los códigos de fondo, así lo establece el 121 de la C.N., al determinar que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal..." (Proyecto nº 4715-D-04).

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por admitir las quejas planteadas, hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad; revocar la sentencia impugnada en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 204, inc. 2º, del CPP CABA por afectación del art. 31 de la C.N. y reenviar la causa para que se emita un nuevo pronunciamiento que resuelva los agravios planteados en la apelación de fs. 8/12 de un modo compatible con la solución que se da al punto en este voto.

El juez José O. Casás dijo:

1. Los representantes del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Fiscal vienen en queja ante este Tribunal contra la decisión que declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad oportunamente interpuestos por ambas partes contra la decisión que dispuso declarar la inconstitucionalidad del art. 204 inc. 2º del CPP CABA y, por tal motivo, confirmar la resolución que había rechazado la solicitud de mediación efectuada por la defensa oficial en el caso.

Las presentaciones fueron interpuestas en legal tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402) y exponen una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio de los recursos de inconstitucionalidad.

2. Los recurrentes han logrado exponer una cuestión constitucional, al confrontar de modo concreto y suficiente la decisión de los jueces de la Cámara en el caso, con las previsiones de los arts. 18, C.N. y 13.3., CCBA en tanto señalan una

extralimitación jurisdiccional por parte de los magistrados actuantes que no se ajusta al desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso.

3. Por otra parte, si bien el pronunciamiento que las partes vienen recurriendo no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, considero que este Tribunal debe prescindir de dicha exigencia para intervenir anticipadamente en el caso pues, como se verá, la forma en que se ha arribado a la decisión que aquí se recurre y las consecuencias que de ella podrían derivarse adquiere una incidencia que, entiendo, excede el interés limitado de las partes en el caso (véase, en sentido convergente, el temperamento asentado en mi voto *in re* "Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada'", exptes. nº 5957/08 y nº 5911/08, resolución del 14/10/2008, y sus citas).

En efecto, los jueces de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo penal han declarado, de oficio, la inconstitucionalidad de las previsiones del art. 204, inc. 2º del CPP CABA por entender que, al margen de las circunstancias relativas al caso que han tenido en estudio, la regulación supone la asunción, por parte de la legislatura local, de facultades que son exclusivas del Congreso de la Nación. En el mismo sentido se han expedido todas las Salas de la Cámara de Apelaciones del fuero —circunstancia que llega a mi conocimiento en razón de la existencia de diversas causas que tramitan en la actualidad por ante este Tribunal— con lo que no puede soslayarse la trascendencia institucional involucrada en el caso, en razón del efecto que la decisión aquí recurrida puede tener sobre el normal desenvolvimiento del servicio de justicia en la Ciudad.

Corresponde, entonces, hacer lugar a los recursos de hecho deducidos por los presentantes.

4. También proceden los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las partes en cuanto al fondo de la cuestión traída a estudio de este Tribunal cuando critican la sentencia de Cámara en torno al punto expuesto precedentemente.

Al margen de las cuestiones sobre las que podría discurrirse en torno a la posibilidad de que los jueces declaren de oficio la inconstitucionalidad de una norma en un procedimiento penal, deseo destacar que si bien la decisión objetada intentó respaldarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite bajo determinadas circunstancias el control de constitucionalidad de oficio por parte de los magistrados, en el caso, se ha pasado por alto que la apuntada doctrina jurisprudencial prevé que tal actuación procede en el marco de un caso, causa o controversia judicial, *cuando no exista otra posibilidad de resolver adecuadamente el pleito* y en tanto la repugnancia de la norma o acto cuestionado, respecto de la cláusula constitucional comprometida, resultare indudable y la incompatibilidad inconciliable (*Fallos,* 324:3219 y 327:3117). En efecto, lo cierto es que los jueces de la Cámara de Apelaciones, tras reconocer que la declaración

de inconstitucionalidad de una norma debe quedar limitada —entre otras cuestiones— a los supuestos en los que no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, seguidamente procedieron a declarar la inconstitucionalidad del art. 204, inc. 2º del CPP —en razón de considerarla contraria a las previsiones del inc. 12 del art. 75 de la C.N.— sin demostrar que aquella sorpresiva y precipitada decisión fuera la única forma posible de dar respuesta a los agravios que se le habían planteado a través del recurso que habilitó su intervención en el proceso, a los que hicieron caso omiso. Los planteos de la defensa se centraban, en definitiva, en el reclamo de un examen en torno a la posibilidad de subsumir el supuesto de hecho del caso en las previsiones del art. 204, inc. 2º del CPP y, si bien es cierto que aquel ejercicio reclamaba una determinada interpretación de esa disposición, ello no resulta suficiente para tornar imprescindible la confrontación constitucional efectuada por el *a quo*, pues al omitir dar respuesta a los concretos agravios del recurrente se omitió también confirmar si el caso puesto a estudio de la alzada era o no, a su criterio, de aquellos que podrían quedar abarcados por la disposición en cuestión.

En otras palabras, la incorporación de oficio por parte de la Cámara de la consideración sobre la constitucionalidad de la regulación en cuestión a partir de un escenario hipotético que lejos estaba de haberse desarrollado en el caso (pues no se había llevado a cabo la instancia de "mediación" requerida por la defensa ni se había interpretado, en consecuencia, el contenido de los arts. 199, inc. h y 203 del CPP CABA), conlleva un exceso de jurisdicción que resiente el debido proceso y la garantía constitucional de defensa en juicio pues se impidió al recurrente obtener una respuesta en torno a sus planteos; proposiciones que, tal como lo demuestran los recursos interpuestos por las partes, podían ser resueltas sin necesidad de poner sorpresivamente en crisis las previsiones del art. 204, inc. 2º, CPP a través de un examen de constitucionalidad como el efectuado, que debe considerarse la *ultima ratio* del orden jurídico.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar a las quejas y los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, *dejar sin efecto* la decisión recurrida y *reenviar* las actuaciones para que los jueces resuelvan el recurso de apelación de la defensa, de acuerdo a las consideraciones aquí efectuadas.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En líneas generales, suscribo el sentido del voto de mi colega, Luis F. Lozano, y también coincido con lo expuesto por el doctor José O. Casás.

En mi concepto, está fuera de discusión que lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en cuanto sus tres salas declararon oficiosamente la inconstitucionalidad del art. 204.2, CPP de esta Ciudad, proyecta consecuencias que trascienden el interés particular de las partes y eso lo demuestra el hecho concreto de que —por primera vez— el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa recurren a este Tribunal Superior con un propósito común de naturaleza

institucional: que se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido, porque sus efectos obstaculizan o atentan contra el sistema de administración de justicia delineado por el Estado local. De ello se colige que la controversia institucional propuesta por ambas partes, en un significativo número de casos, debe ser analizada en este estado prematuro, aun cuando técnicamente no nos encontremos ante una *sentencia definitiva* —pues, mal o bien, el proceso continúa— (art. 27, LPTSJ), sino frente a una que *razonablemente* resulta equiparable a ella en atención a lo apuntado.

Comenzaré este examen diciendo que esta norma local fue declarada inconstitucional por el *a quo*, en un supuesto en el cual no se desprende con absoluta nitidez que esa declaración fuera necesaria, pues no había acuerdo de mediación alguno que teóricamente se apartara del texto constitucional y, desde este primer punto de análisis, la decisión no puede ser reputada como un acto jurisdiccional válido. En este sentido, el presente se trató de un caso en el cual la revisión llevada a cabo por los colegas de la Cámara no parece, justamente, haber beneficiado o contribuido a los intereses del imputado que dedujo el recurso de apelación que habilitó la intervención y competencia del tribunal de alzada (art. 276, CPP) solicitando la aplicación de ese instituto —o de la interpretación que su defensor hacía sobre aquél— y no su invalidez o su ilegalidad. Seguramente, para resolver esta apelación, no era ineludible abordar los temas que se trataron pues, con independencia de los reparos o reservas que los integrantes de la Cámara señalaron acerca de la mediación penal regulada por el legislador local, al decidir del modo en que lo hicieron, terminaron por introducir fundamentos que no pudieron ser considerados por los interesados en que esa mediación tuviera o no andamiaje.

Desde este mismo nivel de análisis, pareciera que bastaba con dejar expuesta esa opinión y confirmar lo decidido en la primera instancia, esto es, que este proceso no podía resolverse mediante una mediación. Lo cierto es que, en las condiciones actuales, el imputado ya no tiene posibilidad alguna de resolver su situación procesal mediante esta vía alternativa de resolución, por ejemplo, si el representante del Ministerio Público Fiscal consintiera esta solución. En consecuencia, por lo dicho hasta aquí, la introducción oficiosa e inesperada de esta cuestión constitucional no parece estar amparada por las atribuciones que las leyes procesales y la CCBA le reconocen a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y se vislumbra más como una suerte de declaración abstracta, que, de alguna manera, al tener virtualidad en el dispositivo de su pronunciamiento, vino a modificar la suerte del imputado en el caso concreto.

En el esquema constitucional que gobierna nuestro ámbito la decisión sobre el impulso de la acción queda en manos del Ministerio Público Fiscal, por elección del Constituyente porteño (art. 13.3). Ahora bien, dicho impulso no puede echar por tierra el principio de oficialidad establecido por el art. 71, C.P., de manera tal que los fiscales decidan arbitraria o secretamente cuáles delitos o a qué imputados se les antoja investigar. No obstante, del hecho de que "todas" las acciones penales deban iniciarse de oficio, con excepción de las que dependan de las denuncias de los ofendidos, no se desprende, a mi modo de ver, que los fiscales se encuentren

obligados de manera ineludible y sin discrecionalidad alguna a impulsarlas hasta sus últimas consecuencias. En este sentido, tal como lo expone en su voto el doctor Lozano, es privativo de las jurisdicciones locales definir todo lo referido a los procesos mediante los cuales se deberán resolver estas acciones, una vez iniciadas de acuerdo al citado mandato (legal), pues la competencia para dictar los ordenamientos procesales y las leyes de administración de justicia no es una que haya sido delegada al Estado federal (arts. 5º, 121, 122 y 123, C.N.).

Una interpretación sistemática de las distintas reglas constitucionales, que distribuyen las competencias entre el Gobierno nacional y los gobiernos locales, requiere que la determinación acerca de cuándo o en qué supuestos se puede interrumpir, suspender o hacer cesar *el ejercicio* de la acción penal pública sea resuelta por estos últimos, porque impedírselo los privaría de la posibilidad real de cumplir con su compromiso de estructurar y asegurar "su administración de justicia". En síntesis, desde este segundo nivel de análisis, no encuentro reparos para que, en la órbita local, el Ministerio Público Fiscal sea el encargado de determinar y decidir qué casos deberán ser materia de debate, cuáles no podrán serlo —por falta de pruebas o porque el debate no se justifica— y eventualmente cuáles podrían llegar a ser objeto de otro tipo de soluciones que se ajusten mejor a sus particularidades concretas.

En oportunidad de pronunciarme acerca de la suspensión del juicio a prueba dije que "[l]a eventualidad de que el fiscal promueva la realización de un juicio cuando lo crea ventajoso para los intereses generales que encarna, o su suspensión 'a prueba', no implica reconocerle facultades discrecionales que de cualquier manera excedan a las que ya tiene otorgadas de acuerdo a los principios constitucionales que rigen en esta Ciudad (en particular, arts. 13.3, 124 y 125, CCBA) y a las normas infraconstitucionales que gobiernan su actuación dentro de los procesos de naturaleza penal que tramitan en la jurisdicción local. En ese sentido, los integrantes del Ministerio Público Fiscal cuentan con un cierto grado de discrecionalidad —grado que se relaciona de manera directa con los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad que, se presupone, deben guiar su actuación procesal— para definir el curso de acción que debe seguir un determinado proceso en función de los hechos que han investigado y que, si corresponde, tendrán que demostrar" (mi voto, *in re* "Benavídez", 8/9/2010). Si bien no se me escapa que la *probation* sí ha sido objeto de regulación por parte del Congreso de la Nación (art. 76 bis, C.P.), es posible sostener que la "mediación penal" surge de las facultades de legislación que tiene a su cargo esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129, C.N.) y que, concretamente, el ejercicio de esta facultad hace de manera directa a su administración de justicia y no se enfrenta a los fines sustantivos que el Código Penal establece. El propósito de la mediación penal no es otro que devolver el conflicto a las partes y promueve, precisamente, que una de ellas —es decir, aquella que *prima facie* es identificada como "el imputado" y que no necesariamente resultará "condenado" si se celebrara el debate— se haga cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible y que disipe el conflicto, sin necesidad de un juicio y una sentencia

(finalidad que no dista de aquella que inspira a la suspensión del juicio a prueba y a las reglas que, en rigor, podrían imponérsele si se sometiera a ese beneficio legal). En esta línea, el hecho de que el fiscal invite a las partes a resolver su problema por medio de un "acuerdo" voluntario, que en caso de frustrarse o no componer dicho conflicto importará la reapertura automática del proceso (arts. 199, h. y 203, *in fine*, CPP), en los supuestos en que lo considere beneficioso, insisto, a mi modo de ver, no atenta contra el orden constitucional en forma alguna y no implica un avasallamiento de una competencia que haya sido asignada o que pueda sido reivindicada como propia y exclusiva del Gobierno federal.

En efecto, mientras de manera dogmática se sostiene el postulado de la "legalidad" el sistema penal evidencia una realidad esencialmente distinta: la persecución penal oficiosa, incondicionada y fatal de todos los delitos que son denunciados es impracticable. Por este motivo comparto lo expuesto por el Sr. Secretario Judicial de este Tribunal, José Said, en cuanto a que: "[s]i la misión final del Derecho Penal es garantizar la paz pública, sancionando las conductas absolutamente intolerables para la existencia y desarrollo de las personas y de la comunidad, (…) [debe] hacerse 'efectivo', sancionando las conductas que más afectan a la comunidad. Y cada comunidad dota a ese fin a sus agencias (judicial y policial) de medios limitados e insuficientes [por lo cual] (…) cada provincia [tiene que] priorizar los objetivos de persecución y represión, en modo de obtener un mayor grado de respeto por el Derecho" ("Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal", publicado en *LL* 1997-F, 1040). Esta imposibilidad de investigar y perseguir hasta las últimas consecuencias todos lo casos que ingresan al sistema penal autoriza a implementar mecanismos racionales de selección que conduzcan a su adecuado funcionamiento y, en definitiva, a la satisfacción del interés general que la comunidad deposita en la Justicia.

La mediación penal constituye una nueva manera de aplicar criterios de oportunidad en la persecución de delitos, pues, según la naturaleza y las particularidades de cada caso (la afectación real del bien jurídico tutelado, la expectativa de pena que eventualmente podría aplicarse al ofensor y el daño concreto sufrido por el ofendido), permite saltearse el trámite jurisdiccional y busca evitar el desgaste de recursos que implica la normal sustanciación del proceso hasta el dictado de una sentencia de mérito; sentencia que, muchas veces, no encuentra más justificación que el sólo cumplimiento de la ley y no resuelve el conflicto que subyace a la eventual respuesta punitiva que brinda o podría brindar el Poder Judicial. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la "mediación voluntaria" ha sido expresamente pensada por el constituyente local (arts. 106 y 81.2), como una herramienta válida para resolver conflictos de todo tipo, y la normativa cuestionada por la Cámara (art. 204.2, CPP), al margen de que pueda ser objeto de críticas —quizás, por su "ambigüedad o vaguedad"—, parece obedecer a la intención de reglamentarla, para ciertos supuestos de naturaleza penal en los cuales no exista un interés que exceda al de las partes involucradas en un determinado conflicto que los tiene como protagonistas directos e inmediatos. En tal sentido, el fin perseguido por esta

regulación no es otro que "garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia" (art. 108, CCBA) para ninguno de sus habitantes, sea que aquellos ocupen el lugar de víctimas o de victimarios.

El legislador porteño, al sancionar el CPP y en lo que hoy importa, ha facultado a los fiscales a hacer uso de un criterio de oportunidad, en función del cual puede proponer al imputado y al ofendido "otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición" (art. 204.2, CPP). Ahora bien, tal como lo desarrolla Zaffaroni, "en materia procesal penal las provincias pueden dictar sus propios códigos y *perfeccionar* en ellos los principios limitadores y las garantías, más allá de lo que hace la ley nacional, pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menores garantías" (*Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 160; lo destacado me pertenece). En esa línea, lo cierto es que el principio de oficialidad o "legalidad procesal" —tal y como es entendido por el tribunal *a quo* en la resolución recurrida— de ninguna manera puede ser interpretado o visto como una "garantía" para quien se encuentra sometido a un proceso penal. Por lo contrario, más allá de su acierto o error, el instituto aquí examinado importa una solución que pretende limitar el poder punitivo del Estado, al establecer un mecanismo mediante el cual el imputado puede resolver su situación procesal en ciertos supuestos, sin necesidad de que se le aplique una pena. Desde esa perspectiva, entonces, creo que el legislador local ha pretendido brindar respuestas efectivas y satisfactorias de cara a los delitos cuyo juzgamiento ha sido transferido a la órbita del Poder Judicial de esta Ciudad. El éxito o fracaso de dicha pretensión deberá ser objeto de una futura discusión que excede el tipo de análisis que nos incumbe a los jueces, aunque el hecho de que los fiscales y los defensores acudan a este Tribunal —tal como lo señalé al iniciar este voto— parece ilustrar sobre los beneficios que traería aparejado el sistema restaurativo e integrador instituido, más allá de los problemas que puedan suscitarse y que corresponderá abordar frente a su aplicación a los casos concretos.

2. Por lo dicho, voto por *admitir* las quejas planteadas, *hacer lugar* a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, *revocar* la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en cuanto fue materia de tratamiento ante esta instancia, y *devolver* la causa a efectos de que se expidan sobre la pretensión de la defensa, de manera compatible a lo aquí expuesto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* los recursos de queja interpuestos.

2º. *Hacer lugar* a los recursos de inconstitucionalidad intentados, *dejar sin efecto* la decisión recurrida y, en consecuencia, *reenviar* las actuaciones para que los jueces resuelvan el recurso de apelación de la defensa, de acuerdo con las consideraciones aquí efectuadas.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

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

En sentido similar se resolvió en los exptes. n° 6776/09 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de nulidad en autos: González, Pedro s/infr. art. 183 —daños—, C.P.'" y expte. nº 6781/09 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de nulidad en autos: González, Pedro s/infr. art. 183 —daños—, C.P.'" y expte. n° 6799/09 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: Junco, Luis Antonio s/infr. art 149 bis, amenazas —C.P. (p/L 2303)—'" y expte. nº 6805/09 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos: Junco, Luis Antonio s/infr. art 149 bis, amenazas —C.P.—'", también del 27/9/2010.